موسوعة الفقه والقضاء

المستشار
محمد عزمي البكري
رئيس محكمة الاستئناف

الأحوال الشخصية

(٢)

طاعة الزوجة - الاعتراض على إنذار الطاعة - النفقة الزوجية
منازعات السفر إلى الخارج - نفقة العدة - الحبس في دين النفقة
وجريمة هجر العائلة - الحجز على الأجور والمرتبات وفاء لديون النفقة
وفاء بنك ناصر لديون النفقة

دار محمود للنشر والتوزيع
٩ شارع سامي البارودي - باب الخلق
ت / ٣٩١٨٠٤٥ / ٣٩٣٨٦١٨

موسوعة الفقه والقضاء

المستشار

محمد عزمي البكري

رئيس محكمة الاستئناف

الأحوال الشخصية

(٢)

طاعة الزوجة - الاعتراض على إنذار الطاعة - النفقة الزوجية
منازعات السفر إلى الخارج - نفقة العدة - الحبس في دين النفقة
وجريمة هجر العائلة - الحجز على الأجور والمرتبات وفاء لديون النفقة
وفاء بنك ناصر لديون النفقة

دار محمود للنشر والتوزيع

٩ شارع سامي البارودي

باب الخلق - ت ٢٩٣٨٦١٨ - ١٢٢٣٥٧٣٨٣٦

موضوع رقم (١)

طاعة الزوجة

١- ماهية الطاعة :

تلتزم الزوجة شرعا بطاعة زوجها. والمقصود بطاعة الزوجة لزوجها، هو انقيادها له في كل ما هو من آثار الزواج وما يكون حكما من أحكامه.

وتقتضى هذه الطاعة أن تقيم الزوجة بالمسكن الذى يعده لها، وألا تمنع نفسها عنه الا بعذر شرعى، كعادة شهرية أو مرض، وأن تصونه فى شرفه وكرامته وسره وماله، فلا تتصرف فى ماله الا باذنه ولا تعطى شيئا منه مما لم تجر العادة باعطائه الا باذنه.

ويتبع حق الطاعة حق آخر هو أن تقر فى بيته لاتبرحه الا بإذنه أو فى الحالات التى أجازها لها الشرع أو القانون.

وهذه الطاعة مقيدة بألا تكون فى معصية، لأنه لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق[١]، فاذا طلب الزوج منها شرب الخمر أو لعب الميسر أو مجالسة الرجال الأجانب، أو الظهور فى الأماكن العامة متبرجة كان لها أن تعصاه.

كما أن الطاعة محدودة بآثار الزواج، فلا تتعداها إلى غيرها، فليس للزوج أن يمنعها من التصرف فى مالها أو يأمرها أن تتصرف فيه على وجه خاص، لأن الولاية على مالها تكون لها اذا كانت قد بلغت سن الرشد (٢١ سنة) أو لمن له الولاية أو الوصاية عليها ان كانت قاصرة.

---

(١) فتوى دار الافتاء المصرية بتاريخ ١٩٧٨/٨/١٨ فى الطلب رقم ١١٩ لسنة ١٩٧٦.

وفى هذا نصت المادة ٢١٢ من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لقدرى باشا على أن :

«من الحقوق على المرأة لزوجها أن تكون مطيعة له فيما يأمرها به من حقوق الزوجية ويكون مباحا شرعا وأن تتقيد بملازمة بيته بعد إيفائه معجل صداقها ولا تخرج منه الا باذنه وأن تكون مبادرة إلى فراشه اذا التمسها بعد ذلك ولم تكن ذات عذر شرعى وأن تصون نفسها وتحافظ على ماله ولا تعطى منه شيئا لأحد مما لم تجر العادة باعطائه الا باذنه».

والتزام الزوجة بطاعة زوجها يبرره أن أى جماعة لايمكن أن يستقيم حالها أو تسير أمورها على الدرب السوى الا اذا كان لها رئيس يتولى زمامها ويقود سفينتها، له كلمة مسموعة وأمر مطاع حتى لايفلت منه الزمام، والأسرة ما هى الا جماعة صغيرة تكون اللبنة الأولى فى بناء المجتمع، فكان لابد من رئيس لها.

والتزام الزوجة بالطاعة ليس قيدا على حريتها أو ضربا من التعسف فى معاملتها، وانما هو للحفاظ عليها من الفتنة والفساد، واعانة لها على أداء وظيفتها فى الأسرة والتى تتلاءم مع طبيعتها الأنثوية من تربية الأولاد والقيام على شئون البيت.

وقد جعلت الطاعة للرجل باعتباره رئيسا للبيت - دون المرأة - لما حباه الله تعالى من مكنات تجعله أقدر منها على القيام بأعباء هذه الرياسة، فهو أشد منها بدنا وأقدر على ضبط عواطفه وتغليب حكم عقله، وأقدر على فهم الحياة بحكم اختلاطه فى المجتمع، وهو القادر على العمل والمكلف بالانفاق عليها وعلى أولادهما.

وقد ورد الالتزام بالطاعة فى القرآن الكريم والسنة النبوية.

فقـد قـال تعالى: ﴿الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ان الله كان عليا كبيرا﴾.

وقـال: ﴿ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف﴾، فقيل لها المهر والنفقة وعليها أن تطيعه فى نفسها وتحفظ غيبته ولأن الله عز وجل أمر بتأديبهن بالهجر والضرب عند عدم طاعتهن ونهى عن التأديب ان أطعن بقوله: ﴿فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا﴾، فدل على أن التأديب كان لترك الطاعة فيدل ذلك على لزوم طاعتهن للأزواج[١].

وقد قال النبى عليه السلام: ﴿ما استفاد المؤمن بعد تقوى الله خيرا له من زوجة صالحة ان أمرها أطاعته وان نظر اليها سرته وان أقسم عليها أبرته وان غاب عنها نصحته فى نفسها ومالها﴾.

كما قال: ﴿أيما امرأة ماتت وزوجها عنها راض دخلت الجنة﴾.

وقد روى أن امرأة جاءت إلى رسول الله عليه السلام فقالت: انى رسول النساء اليك وما منهن الا وهى تهوى مخرجى إليك، الله رب الرجال والنساء والهن وأن رسول الله إلى الرجال والنساء، كتب الله الجهاد على الرجال فان أصابوا أثروا وان استشهدوا كانوا أحياء عند ربهم يرزقون فما يعدل ذلك من أعمالهن من الطاعة؟ فقال لها الرسول عليه السلام: ﴿طاعة أزواجهن والمعرفة بحقوقهن وقليل منكن من تفعله﴾.

وقد قال على كرم الله وجهه: ﴿جهاد المرأة حسن التبعل﴾.

---

(١) بدائع الصنائع - جـ٢ - طبعة ١٩٨٢ ص ٣٣٤.

شـروط طـاعـة الزوجـة للـزوج

يشترط لوجوب طاعـة الزوجة لزوجها توافر الشروط الآتيـة:

١ - أن تكون الزوجة قد استوفت عاجل صداقها.

٢ - أن يكون الزوج قد أعد لها مسكنا شرعيا.

٣ - أن يكون الزوج أمينا عليها وعلى مالها ان كان لها مال.

٢- الشرط الأول: أن يوفي الزوج إلي زوجته عاجل صداقها:

(راجع فى التفصيل الكتاب الأول بند (١٦٧)

٣ - الشـرط الثاني: أن يعد الزوج لزوجته مسكنا شرعيا:

يجب على الزوج أن يعد لزوجته مسكنا شرعيا للطاعة ولايغنى عن ذلك أن يكون للزوجة مسكن على سبيل الملك أو الإيجار.

وترتيبا علي ذلك قضت محكمة النقض بأن:

« لما كـان ذلك، وكـانت الطاعنة قـد تمسكت أمـام مـحكمـة الموضوع بدرجتيها بملكيتها لمسكن الزوجية وما به من منقولات وركنت في إثبات ذلك إلى صورة من عقد ملكيتها لمسكن الزوجية المسجل برقم ٤٨١ لسنة ١٩٨٤ والحكم الصـادر فى الدعـوى رقم ٦٠٩ لسنة ١٩٩١ مـدنى كلى أسوان برفض دعوى المطعون ضده بملكيته لمنقولات الزوجية، وكان البين من الأوراق أنه لم يهيئ لزوجتـه الطاعنة المسكن الشـرعى المناسب. وإذ قـضى الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه برفض دعوى الطاعنة بالاعتراض على إعلان دعوى المطعون ضده لها بالدخول فى طاعته فى المسكن المملوك

لهاعلى سند من أنها كانت تقيم به فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه الفساد فى الاستدلال ».

(طعن رقم ٢٢ لسنة ٦٣ ق « أحوال شخصية» جلسة١٩٩٧/٤/٧)

فإذا أعد الزوج لزوجته مسكنا شرعيا وامتنعت عن طاعته فى هذا المسكن كانت ناشزا.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

« للزوج على زوجته حق الطاعة. شرطه أن يهيء لها مسكنا شرعيا لائقا بحاله. امتناع الزوجة عن طاعته فى المسكن الذى أعده لها. أثره. اعتبارها ناشزا».

(طعن رقم ٢٢ لسنة ٦٢ق « أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٧/٤/٧)

ولكى يكون المسكن شرعيا يتعين أن تتوافر فيه الشروط الآتية:

١ - أن يكون من حيث بنائه مما يتناسب وحال الزوج يسرا أو عسرا، لأن المسكن من نفقة الزوجة ونفقة الزوجة تقدر بحسب حال الزوج يسرا أو عسرا مهما كانت حالة الزوجة (م١/١٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥).

ويستوى أن يكون مسكن الطاعة ملكا أو اجارة أو عارية لقوله تعالى: ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم﴾ أى من طاقتكم أى مما تطيقونه ملكا أو اجارة أو عارية(١).

ويراعى فى المسكن حالة الزوج المالية وعرف أمثاله فى السكنى(٢).

فقد يكون المسكن الشرعى حجرة فى شقة، بشرط أن يكون لها مفتاح

---

(١) البحر الرائق - جـ٤ - ص ١٩٣ وما بعدها.

(٢) الأستاذ على حسب الله - الزواج فى الشريعة الاسلامية - ص ١٩١.

تغلق به وتفتح لتصون الزوجة نفسها ومالها وتتمكن من معاشرة زوجها والاستمتاع[١]، أو شقة فى عمارة، أو طابق فى عمارة، أو مبنى مستقلا (فيلا)، وذلك بحسب حالة الزوج وعرف أمثاله.

فاذا كان الزوج معسرا ويسكن أمثاله فى حجرة كان المسكن الشرعى حجرة تغلق، وان كان موسرا ويسكن أمثاله فى شقة، كان المسكن الشرعى شقة وهكذا...الخ.

وفى هذا قضت محكمة استئناف الاسكندرية (مأمورية دمنهور) بتاريخ ١٩٩١/١١/٢٠ فى الاستئناف رقم ١٠ لسنة ١٩٩١ أحوال نفس بأن:

«وحيث أنه من المقرر شرعا أنه يراعى فى المسكن الشرعى الذى يلتزم الزوج بإعداده لطاعة زوجته أن يكون مناسبا لحالة الزوج المالية وعرف أمثاله فى السكنى، فقد يكون المسكن الشرعى حجرة فى شقة بشرط أن يكون لها مفتاح تغلق به وتفتح لتصون الزوجة نفسها ومالها وتتمكن من معاشرة زوجها والاستمتاع».

ويجب أن يكون للمسكن مرافقة من بيت خلاء (دورة مياه) ومطبخ، ويجوز أن تكون هذه المرافق مشتركة إذا كان الزوج بحسب حالته وعرف أمثاله يسكن بحجرة فى شقة يقيم فيها آخرون.

واذا كان الزوج من الفقراء الذى يسكنون أماكن لها مرافق مشتركة، فلا يمنع الاشتراك فى هذه المرافق من أن يكون المسكن شرعيا[٢].

---

(١) شرح فتح القدير - جـ٤- طبعة ١٩٧٠ ص ٣٩٧.

(٢) فقد جاء بحاشية ابن عابدين - جـ٣ طبعة ١٩٦٦ ص ٦٠٠: «قوله ومفاده لزوم كنيف ومطبخ» أى بيت الخلاء وموضع الطبخ بأن يكونا داخل البيت أو فى الدار لايشاركها فيهما أحد من أهل الدار.

قلت: وينبغى أن يكون هذا فى غير الفقراء الذى يسكنون فى الربوع والأحواش بحيث يكون لكل واحد بيت يخصه، وبعض المرافق مشتركة كالخلاء والتنور «الفرن» ،بئر الماء) - راجع أيضا الدكتور عبد الرحمن تاج - ص ٢٣٥.

وبالترتيب على ما تقدم، اذا كان مسكن الطاعة عبارة عن أعمدة خرسانية ولم يتم بناؤه، فإنه لايكون صالحا للسكنى ولأن يكون مسكنا للطاعة بالتالى.

وفى هذا قضت محكمة شبين الكوم بتاريخ ١٩٨٦/١١/٢٩ فى الدعوى رقم ١٩٨٥/٥٢٧ أحوال نفس بأن:

«ولما كان شاهدا المدعية الذين تطمئن المحكمة إلى ما شهدا به قررا أن مسكن الطاعة الوارد بالانذار والموجه للمدعية فى ١٩٨٥/٥/١٤ لا وجود له حيث أنه عبارة عن أعمدة خرسانية فضلا عن أنه مملوك لوالد المدعى عليه الذى يقيم مع أسرته فى عزبة (...) فى منزل مشترك سبق القضاء فى الدعوى السابقة بعدم شرعيته... الأمر الذى يكون معه الانذار الموجه من المدعى عليه للمدعية فى ١٩٨٥/٩/١٤ حابط الأثر مما يكون معه دعوى المدعية قد انسحبت على سند من القانون والواقع جديرة بالاجابة».

ويجب على الحكم أن يبين فى أسبابه حالة الزوج المالية وما إذا كان المسكن الذى أعده لزوجته يتفق ومستواه المادى والاجتماعى، وما إذا كان مشتملا على مرافقه الشرعية حتى تتمكن محكمة النقض من إعمال رقابتها بشأن ما خلص إليه الحكم، وإلا كان الحكم مشوبا بالقصور فى التسبيب مما يبطله.

وفي هذا قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٩٦/٥/٢٧ في الطعن رقم ٢٣٩ لسنة ٦٢ق- احوال شخصية- بأن :

وحيث إن مما تنعاه الطاعنة على الحكم المطعون فيه القصور فى التسبيب، وفى بيان ذلك تقول، إن من بين الأسباب التى أبدتها فى اعتراضها على إنذار الطاعة أن مسكن الطاعة مشغول بسكنى الغير، ورغم أنه ثبت من أقوال الشهود والمستندات أنه وإن كان للطاعنة حجرة مستقلة بمسكن تشاركها فيه

أسرة المطعون ضده إلا أن هذه الحجرة ليس لها مرافق مستقلة، وإذ قضى الحكم المطعون فيه بتأييد الحكم المستأنف القاضى برفض اعتراضها على سند من أن ذلك المسكن شرعى وأن الطاعنة لم تقم الدليل على أن حال المطعون ضده أو عرف أمثاله يسمح له بتدبير مسكن مستقل لها، دون أن يستظهر الحكم حالة المطعون ضده المالية والاجتماعية، ومدى مناسبة هذه الحجرة لها فإن يكون معيبا بما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أنه وإن كان للزوج على زوجته حق الطاعة إلا أنه يجب عليه أن يهيىء لها مسكناً شرعياً لائقاً بحاله، لقوله تعالى « اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم» وإذا كان هذا النص القرآنى قد ورد فى خصوص المطلقات فهو فى شأن الزوجات أوجب، ولقوله تعالى «لايكلف الله نفساً إلا وسعها» بحيث تعتبر الزوجة ناشزاً بامتناعها عن طاعة زوجها فى المسكن الذى أعده لها ، إذاكان هذا المسكن مناسباً لحال الزوج المالية والاجتماعية، بين جيران صالحين تأمن فيه على نفسها ومالها ، وخالياً من سكنى الغير ولو كان هذا الغير من أهله إذا تضررت الزوجة من وجودهم كالضرة وأولاد الزوج من غيرها عدا ولده الصغير غير المميز، ولايشترط فى مسكن الطاعة أن يكون مبنى مستقلا فقد يكون كذلك أو وحدة سكنية فى مبنى أوغرفة حسبما يسكن أقران الزوج ممن هم فى مستواه المادى والاجتماعى، ويلزم أن يكون لهذا المسكن غلق، وأن يشتمل على جميع المرافق المنزلية والأدوات الشرعية وفقا لحال أمثال الزوج حسبما يجرى به العرف، حتى يعتبر مستقلا قائما بذاته، لماكان ذلك، وكانت الطاعنة قد تمسكت أمام محكمة الموضوع بأن المسكن الذى أعده لها المطعون ضده غير شرعى لانشغاله بسكنى الغير، وإذ قضى الحكم المطعون فيه بتأييد الحكم الابتدائى المستأنف الذى قضى برفض اعتراض الطاعنة على إنذار الطاعة

الموجه لها من المطعون ضده، وتناول دفاع الطاعنة الذى ساقته على النحو المتقدم بالإحالة إلى ما أورده الحكم الابتدائى فى أسبابه من أن الثابت من أقوال الشهود أن مسكن الطاعة عبارة عن حجرة لها غلق خاص، وأضاف الحكم المطعون فيه إلى ذلك أن الطاعنة لم تقدم الدليل على أن حالة المطعون ضده المالية والاجتماعية تسمح بأن يعد لها مسكنا مستقلا، دون أن يبين حالته المالية وما إذا كانت الغرفة التى أعدها تتفق ومستواه المادى والأجتماعى، وما إذا كانت مشتملة على مرافقها الشرعية حتى تتمكن محكمةالنقض من إعمال رقابتها بشأن ما خلص إليه الحكم فإنه يكون معيباً بالقصور فى التسبيب بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن ، على أن يكون مع النقض الإحالة» .

٢ - أن يشتمل المسكن على المنقولات والادوات اللازمة للمعيشة واللائقة بحال الزوج:

يجب أن يشتمل المسكن على المنقولات والادوات اللازمة للمعيشة واللائقة بحال الزوج، فاذا كانت الزوجة لم تحضر معها متاعا، كان الزوج ملزما بأن يعد لها فى مسكن الطاعة المنقولات والمفروشات والأدوات اللازمة للمعيشة اللائقة بحاله، أى التى تتناسب مع يساره أو اعساره.

فيجب على الزوج أن يعد سريرا أو أريكة أو حصيرا للنوم بحسب يساره أو اعساره، وصيوانا لحفظ الملابس، وأدوات المطبخ.. الخ.

واذا كان الزوج موسرا، وجرى العرف بين أمثاله على استعمال الأدوات والأجهزة الحديثة كموقد البوتاجاز والثلاجة والمكنسة الكهربائية، كان الزوج ملزما باحضارها، الا اذا كان الزوج قد أحضر خادما يقوم بأعمال النظافة فانه لايكون ملزما باحضار مكنسة كهربائية.

ولايجبر الزوج على احضار الأجهزة الترفيهية كالتليفزيون والفيديو وما شابه ذلك.

وقضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٨٧/٤/٢٨ فى الطعن رقم ٤٣ لسنة ٥٥ق «أحوال شخصية» بأن:

«وحيث أن هذا النعي مردود ذلك أنه لما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن لقاضى الموضوع السلطة التامة فى بحث الدلائل والمستندات المقدمة له تقديما صحيحا وفى موازنة بعضها بالبعض الآخر وترجيح ما يطمئن إليه منها وفى استخلاص ما يراه متفقا مع واقع الدعوى دون رقابة فى ذلك لمحكمة النقض طالما جاء استخلاصه سائغا مما له أصله الثابت فى الأوراق وكان الحكم المطعون فيه بعد أن عرض لواقعة الدعوى ولمستندات الطرفين فيها أقام قضاءه بتأييد حكم محكمة أول درجة باعتبار الانذار المعلن للمطعون عليها بتاريخ ١٩٨٠/١٢/٤ كأن لم يكن قوله «...ومن حيث ان الاعتراض المقدم من المستأنف عليها (المطعون عليها) على الانذار الموجه اليها من المستأنف (الطاعن) بتاريخ ١٩٨٠/١٢/٤ قد استقر على أنه المسكن المعد للطاعة المبين بالانذار حينما توجهت إليه لم يكن مستوفيا للأدوات والمرافق اللازمة للمعيشة فيه وقد ثبت ذلك من المعاينة التى أجراها أحد رجال الشرطة الذى ثبت ذلك بمحضره ومن ثم يكون المسكن المعد للطاعة وقت أن توجهت إليه المستأنفة بعد أن أنذرها المعترض ضده (الطاعن) غير مستوف لشرائطه الشرعية لعدم اشتماله على لوازم الحياة الأساسية ومن ثم فان اعتراضها يكون قائما على أساس سليم من الواقع والقانون...» ومن حيث ان الحكم المستأنف أخذ بهذا النظر فيما قضى به من اعتبار الانذار المعلن للمدعية (المطعون عليها) بتاريخ ١٩٨٠/١٢/٤ كأن لم يكن وغير ذى أثر يكون قد أصاب صحيح القانون جدير بالتأييد لذات الأسباب التى بنى عليها وتضيف المحكمة ردا على ما نعاه المستأنف بصحيفة استئنافه من اعتماده فى قضائه على تحقيقات المحضر رقم ٦٤ لسنة ١٩٨٠ أحوال قسم الهرم واذ

كانت المحكمة قد اطمأنت إلى ما جاء بتحقيقات ذلك المحضر من أن مسكن الطاعن لم يكن وقت انذار الطاعة قد تهيأ للاقامة فيه اذ لم يكن فى ذلك الوقت سوى مجرد بناء خاليا من كافة المرافق والمنقولات اللازمة لمعيشة الحياة الزوجية وهو ما يسلم به المستأنف نفسه ومن ثم فان الحكم المستأنف اذ قضى بعدم الاعتداد بالانذار يكون قد صادف صحيح القانون والواقع وما نعاه عليه المستأنف بصحيفة استئنافه هو قول لا دليل عليه ومن ثم يغدو الاستئناف قائما بلا سند متعين رفضه.. وكان هذا من الحكم استخلاصا موضوعيا سائغا مما له أصله الثابت فى الأوراق ويؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها ويكفى لحمل قضائه وفيه الرد المسقط لكل قول أو حجة مخالفة ساقها الطاعن فان ما يثيره بسببى الطعن لايعدو أن يكون جدلا موضوعيا فى تقدير المحكمة لأدلة الدعوى وهو ما لا يجوز التحدى به أمام محكمة النقض».

ويثور التساؤل عما اذا كان توقيع الحجز على المنقولات والأدوات اللازمة للمعيشة الموجودة بمسكن الزوجية ينال من شرعية المسكن أم لا ينال منها؟

وللإجابة على هذا التساؤل نسوق نص المادة ١/٣٦٨ من قانون المرافعات (الواردة بالباب الثالث – الفصل الأول الخاص بالتنفيذ بحجز المنقول لدين المدين وبيعه)، فقد جرت على أن:

«لايجوز أن يستعمل الحارس الأشياء المحجوز عليها ولا أن يستغلها أو يعيرها والا حرم من أجرة الحراسة فضلا عن الزامه بالتعويضات.

انما يجوز اذا كان مالكا لها أو صاحب حق الانتفاع بها أن يستعملها فيما خصصت له».

ومن ثم تعين التفرقة فى هذا الشأن بين حالتين

الحالة الأولى : أن يعين الزوج حارسا على المنقولات، ففى هذه الحالة

أجاز له النص استعمال الأشياء المحجوز عليها فيما خصصت له، وبالتالى فان الحجز لايكون قيدا عليه أو على زوجته فى استعمال هذه المنقولات، لأنها قد أعدت لاستعمالها فى المعيشة الزوجية، فاذا استعمل الزوجان هذه المحجوزات كان هذا الاستعمال فيما خصصت له.

ولا يختلف الأمر اذا كانت الزوجة هى التى عينت حارسا لأن لها حق انتفاع على هذه المنقولات والأدوات، فاستعمالها لها مع زوجها يكون فيما خصصت له وهى المعيشة الزوجية.

والحالة الثانية : أن يعين شخصا من الغير حارسا على المحجوزات. ففى هذه الحالة لايحق للزوج استعمال هذه المحجوزات، كما لايحق للزوجة ذلك، ومن حق الحارس الحيلولة بينهما وبين استعمالها[1] . وعلى ذلك يكون مسكن الطاعة غير شرعى.

٣ - أن يكون خاليا من سكنى الغير:

يجب أن يكون مسكن الطاعة خاليا من سكنى الغير، ويشمل الغير الضرة وأحماء الزوجة كوالدى الزوج أو أشقائه أو سائر أقاربه. ويستثنى من هؤلاء ولد الزوج غير المميز من غيرها لأنه لايفهم الجماع فلا تتعطل المعاشرة بوجوده.

ذلك أن المرأة تتضرر بمشاركة غيرها فى سكنى مسكن الزوجة، لأنها لاتأمن على متاعها ويمنعها من المعاشرة مع زوجها والاستمتاع به، كما أن

(١) الدكتور فتحى والى - التنفيذ الجبرى - طبعة ١٩٨٠ ص ٣٨٢ - الدكتور أحمد أبو الوفا - اجراءات التنفيذ - الطبعة التاسعة - ١٩٨٦ ص ٤٠٣ - وقارن المستشار صلاح الدين زغو - ص ١٨٠ فقد ذهب إلى أن شرعية مسكن الطاعة لاتندفع بحجز منقولاته لو تعين غير الزوج حارسا عليها لأن المدين المحجوز عليه لايحرم من استعمال منقولاته، كما أن القول بغير ذلك يفتح الباب على مصراعيه لحجوزات كيدية.

مجرد وجود الضرة معها ايذاء لها كما جرت العادة بذلك ودلت عليه التجارب[١].

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٨٧/٣/١٧ في الطعن رقم ١١٤ لسنة ٥٥ق احوال شخصية - غير منشور - بأن:

«للزوجة التمسك بالاقامة فى مسكن مستقل لايشاركها فيه أحد من أقارب زوجها سوى أولاده من غيرها ان وجدوا. القضاء بالتطليق رغم عدم تهيئة الزوج مسكن مستقل لها خطـأ».

واذا اختارت الزوجة سكنى هؤلاء معها، فانها بهذا الاختيار تكون قد رضيت بانقاص حقها[٢]، ولا يجوز لها فيما بعد أن تطالب زوجها بمسكن مستقل، لأن حقها فى المسكن المستقل قد سقط والساقط لايعود. أما إذا رضيت بالاقامة مع هؤلاء لفترة موقوتة فانه بانتهاء هذه الفترة يعود حقها فى السكنى بمسكن مستقل[٣].

واذا كانت السكنى فى حجرة من شقة، وكانت ضرتها أو أحماؤها يسكنون بحجرة أو حجرات أخرى بها، واعتادوا إيذاءها بالفعل أو القول كان لها أن تطلب من زوجها نقلها إلى مسكن آخر، وتكون عدم شرعية المسكن فى هذه الحالة راجعة إلى كونه بين جيران غير صالحين[٤].

---

(١) وذهب رأى إلى أن الزوجة ليس لها الامتناع عن اسكان أم ولد الزوج معها بمسكن الزوجية «البحر الرائق جـ٤ ص ١٩٤» - ولم يوافق العلامة ابن عابدين على هذا الرأى فى حاشيته جـ٣ ص ٦٠٠ حيث قال: «قلت: وقد يكون اضرار أم ولده لها أكثر من اضرار ضرتها. وفى الدر المنتقى عن المحيط أن أم الولد كأهله».

(٢) الهداية شرح بداية المبتدى - جـ ٢ - ص ٤٣ - فتوى دار الافتاء المصرية بتاريخ ١٩٦٢/١٠/٢١ فى الطلب رقم ٩٦٨ لسنة ١٩٦٢.

(٣) بندر طنطا للأحوال الشخصية (ملى) بتاريخ ١٩٨٨١/١١ الدعوى ٤٠٩ لسنة ١٩٨٦.

(٤) فقد جاء بالعقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية - جـ١ ص ٧٠: «وحاصله أنه له كان فى الدار ضرة أو أحد من أقارب الزوج يؤذيها لم يكف بيت منها له غلق ومرافق لم يكن أحد يؤذيها كفى ولو فى نفس البيت أحد لم يكف مطلقا. =

واذا كان للزوجة ولد صغير من غيره وأرادت أن ترضعه وتربيه كان له منعها لأن من حقه أن يمنع امرأته مما يوجب خللا فى حقه ولأنها فى الإرضاع والسهر تتعب وذلك ينقص جمالها وجمالها حق الزوج[١].

كما لايجوز للزوجة اسكان أحد من أهلها بمسكن الزوجية الا اذا رضى زوجها بذلك.

وليس للزوج أن يمنع والديها من الدخول عليها فى كل جمعة أو يمنع غيرهما من المحارم من الدخول عليها كل سنة، وله منعهم من المكث أى البقاء بالمسكن، لأن الفتنة ليست فى الدخول وانما فى المكث وطول الكلام[٢].

- وقارن المادة ١٨٦ من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لقدرى باشا فقد نصت على أن: «إذا أسكن الزوج امرأته فى مسكن على حدتها من دار فيها أحد أقاربه فليس لها طلب مسكن غيره الا اذا كانوا يؤذونها فعلا أو قولا ولها طلب ذلك مع الضرة فان كان فى نفس المسكن المقيمة به ضرة لها أو احدى أقارب زوجها فلها طلب مسكن غيره ولو لم يؤذوها فعلا أو قولا».

(١) منحة الخالق على البحر الرائق - جـ٤ - ص ١٩٥.

(٢) حاشية ابن عابدين - جـ٣ - ص ٦٠٢ - البحر الرائق - جـ ٤ - ص ١٩٥ - وقد أخذت بهذا الرأى فتوى دار الافتاء المصرية الصادرة بتاريخ ١٩٦٢/١٠/٢١ فى الطلب رقم ٩٦٨ سنة ١٩٦٢ وقد جاء فيها:

«... ومن حقه عليها أن يمنعها من الخروج من بيته الا لحاجة يقضى بها العرف ولزيارة أبويها ومحارمها، وأن يمنعها من ادخال أحد فى بيته والمكث فيه غير أبويها وأولادها ومحارمها، فليس له منعها من ادخالهم، ولكن له منعهم من المكث فى البيت».

وذهب رأى آخر إلى أن للزوج أن يمنع والديها وولدها من غيره من الدخول عليها لأن المنزل ملكه فله حق المنع من دخول ملكه ولا يمنعهم من النظر إليها وكلامها فى أى وقت من باب الدار لما فيه من قطع الرحم. وليس له فى ذلك ضرر - الهداية - جـ٢ - ص ٤٣.

وقد قضي بصدد هذا الشرط بأن :

(أ) «وحيث أنه من المقرر شرعا أن المسكن الشرعى الذى يجب تهيئته للزوجة يجب أن يكون خاليا من سكنى الغير وهذا الشرط مستقى من قول الفقهاء أن الزوجة يسكنها زوجها فى بيت تكون فيه آمنة على متاعها وعدم ما يمنعها من المعاشرة الزوجية والاستمتاع به وقد رتب القضاء على ذلك أن لاتجبر الزوجة على الطاعة شرعا فى مسكن فيه والد الزوج ووالدته وأشقائه وأن لو أراد الزوج أن يسكن الزوجة مع ذويه وغيرهم من أقاربه فأبت ذلك فعليه أن يسكنها فى منزل منفرد - لما كان الثابت من أقوال شاهدى المعترضة - والتى تطمئن إليها المحكمة وتجعلها عمادا لقضائها - أن المسكن الذى أعده المعترض ضده للمعترضة مشغول بسكنى الغير من زوجته الأخرى ولذلك فانه يكون مسكنا غير شرعى ولا تجبر المعترضة على الطاعة يه ويكون من ثم اعتراضها على هذا المسكن فى محله وعلى أساس سليم من القانون والواقع مما يتعين معه عدم الاعتداد بانذار الطاعة المعلن لها من المعترض ضده فى ١٩٨٥/٩/٩ واعتباره كأن لم يكن لاسيما وأن المحكمة قد عجزت عن الاصلاح بينهما على النحو الثابت بجلسة ١٩٨٦/١٠/١٨).

«شبين الكوم الكلية فى ١٩٨٦/١١/٢٩ - الدعوى رقم ٥١٣ لسنة ١٩٨٥ أحوال نفس».

(ب) «... وكانت المحكمة قد أحالت الدعوى إلى التحقيق لتثبت المعترضة عدم شرعية مسكن الطاعة وعدم أمانة المعترض ضده عليها وكانت المعترضة قد استشهدت بشاهدين قررا أن مسكن الطاعة غير شرعى لانشغاله بسكنى الغير من والدى المعترض ضده واخوته كما أن المعترضه لا تأمن على نفسها ومالها بمسكن الطاعة المبين بالانذار، ولم يحضر المعترض ضده لا بنفسه ولا بوكيل عنه ولم يحضر شهودا ينفى بواسطتهم ما قرره شاهدا المعترضة.

وحيث أن المقرر حسبما استقر قضاء النقض أن تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها وسلطة الترجيح بين البينات واستظهار واقع الحال ووجه الحق فيها هو مما تستقل به محكمة الموضوع طالما لم تخرج عن مدولها (نقض ١٩٨١/٥/١٢ طعن ٤١ لسنة ٤٩ق - أحوال الشخصية).

ولما كان ذلك وكانت المحكمة تطمئن إلى أقوال شاهدى المعترضة من أن مسكن الطاعة مشغول بسكنى والدى المعترض ضده وأشقائه وشقيقاته وأن المعترضة لا تأمن على نفسها ومالها بذلك المسكن بعد أن طردها المعترض ضده منه ومن ثم تعين قبول اعتراض المعترضة على انذار الطاعة موضوعا والقضاء باعتبار انذار الطاعة الموجه إليها فى ١٩٨٧/١٠/٤ كأن لم يكن وعديم الأثر قانونا».

(طنطا الكلية فى ١٩٨٨/٤/٢٦- الدعوى رقم ٩١٣ لسنة ١٩٨٧ أحوال نفس).

٤ - ان يكون مسكن الطاعة بين جيران مسلمين صالحين:

والمقصود بذلك تبديد الوحشة عن الزوجة بوجود هؤلاء الجيران والاسراع بنجدتها إذا وقع اعتداء من الزوج عليها، والشهادة على مايبدر منه عند الاقتضاء.

والحد الأدنى للجيران اثنان: رجلان أو رجل وامرأتان حتى يتوافر نصاب البينة الشرعية فتكون شهادتهما على ما يبدر من الزوج جائزة.

ولا يلزم أن يكون الجيران فى ذات المبنى الذى يقيم الزوجان فى احدى وحداته وانما يكفى أن يكونوا من القرب بحيث يصل إليهم صوت الاستغاثة الذى يصدر من الزوجة فيهرعون إلى نجدتها.

ويجب أن يكون اثنان من الجيران على الأقل (رجلان أو رجل وامرأتان) بالغين لأن البلوغ من شروط الشهادة.

ويجب أن يكون الجيران - أو اثنان منهم على الأقل - مسلمين صالحين، لأن الشهادة من باب الولاية، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم.

وبالترتيب على ذلك قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٨٥/١/٢٢ فى الطعن رقم ٨ لسنة ٥٤ق «احوال شخصية» بأن:

«الطاعنة اذ تمسكت أمام محكمة الاستئناف بعدم شرعية مسكن الطاعة لوجود جار غير مسلم لم تقدم تدليلا على ذلك سوى مستخرج رسمى من سجلات الضرائب العقارية عن العقار الكائن فيه المسكن يفيد أن شاغل الشقة القبلية من الطابق الأرضى منه يدعى «توفيق كندس» وكان هذا الاسم لايقطع بذاته على أن صاحبه غير مسلم وهو ما يكفى لاطراح دفاع الطاعنة فى هذا الخصوص» .

ولا يشترط أن يكون الجيران متزوجين، كما لا يشترط ملازمة الجيران لمساكنهم طوال الليل والنهار، فهذا ما لم يقل به أحد من الفقهاء وكل انسان تضطره ظروف حياته ونظام عمله إلى ترك بيته فى كثير من الأوقات(١) .

٤- تقدير مدي شرعية مسكن الطاعة من مسائل الواقع :

تقدير مدى شرعية مسكن الطاعة من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع، ولارقيب عليه فى ذلك طالما لم يعتمد على واقعة بغير سند.

وفي هذا قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٩٦/١/٢٩ في الطعن رقم ١٥٦ لسنة ٦٢ق « احوال شخصية» بأن :

« لماكان تقدير مدى شرعية مسكن الطاعة من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع بما لها من سلطة فى فهم الواقع فى الدعوى وتقدير الأدلة إذ أنها لاتقضى إلا على أساس ما تطمئن إليه وتثق به، ولارقيب عليها فى ذلك طالما لم تعتمد على واقعة بغير سند، وحسبها أن تبين الحقيقة التى

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بـأن:

«إقامة الحكم قضاءه بعدم الاعتداد بإعلان الطاعة استنادا إلى أساسين. عدم أمانة الطاعن على زوجته المطعون ضدها وعدم إعداده المسكن الشرعى المناسب لها. كفاية الأساس الأول لحمل الحكم. أثره. النعى على الحكم بشأن المسكن الشرعى – أيا كان وجه الرأى فيه – غير منتج».

(طعن رقم ١٣٧ لسنة ٦٠ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٤/٢/٢٢)

اقتنعت بها وأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله، ولا عليها من بعد أن تتبع الخصوم فى مختلف أقوالهم وحججهم وطلباتهم وترد استقلالا على كل قول أو حجة أو طلب أثاروه مادام قيام الحقيقة التى اقتنعت بها وأوردت دليلها فيه الرد الضمنى المسقط لتلك الأقوال والحجج والطلبات».

٥ - مكان مسكن الطاعة :

اختلف فقهاء الحنفية فيما إذا كان من حق الزوج أن يعد مسكن الطاعة فى غير بلد الزوجة والتى عقد عليها فيه، أم أنه لايجوز له ذلك وتعددت آراؤهم فى هذا الشأن على النحو لآتى:

الرأى الأول:

أنه يجوز للزوج اعداد مسكن الطاعة فى المكان الذى يريده اذا أوفاها عاجل وآجل صداقها، وكان مأمونا عليها، لأنها انما رضيت بتأجيل جزء من مهرها لأجل امساكها فى بلدها.

الرأى الثانى:

أنه يجوز للزوج اعداد مسكن الطاعة فى المكان الذى يريده اذا كان قد أوفاها عاجل صداقها فقط وكان مأمونا عليها وهذا ظاهر الرواية فى المذهب.

الرأى الثالث:

أنه يجوز اعداد مسكن الطاعة فى مكان دون مسافة السفر (مسافة السفر الآن تقدر بحوالى ٩٠ كيلو مترا) - سواء نقل الزوجة من مدينة إلى قرية أو بالعكس، لأن ذلك ليس بغربة، لأن الله تعالى قال: ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم﴾.

فالنص يعتد بعدم المضارة ونقل الزوجة إلى غير بلدها فيما يجاوز مسافة السفر مضارة لها[١].

---

(١) حاشية الرملى على جامع الفصوليين - جـ١ - ص ١٩٠.

الرأى الرابع :

أنه ليس للزوج أن يعد مسكن الطاعة فى غير بلد الزوجة والتى عقد عليها فيها مطلقا بدون رضاها لفساد الزمن - زمن أصحاب هذا الرأى - لأن الزوجة لا تأمن على نفسها فى منزلها، فيكون عدم أمانها أكثر خارج بلدها.

وهذا رأى المتأخرين من فقهاء الحنفية.

الرأى الخامس :

أن الحكم فى هذه المسألة يختلف باختلاف الزمان لتغير عرف الناس أو لحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان. لأن هذه المسألة لم يرد فيها نص فتخضع للاجتهاد، وكثيرا ما كان المجتهد يبنى رأيه على ما كان فى عرف زمانه بحيث لو كان فى زمن آخر لأفتى بخلافه بما يتمشى مع العرف الجارى(١).

وعندنا أن هذه المسألة يحكمها طبيعة عمل الزوج أو طبيعة وظيفته، والعرف الجارى والضرورة القائمة.

فاذا كانت طبيعة عمل أو وظيفة الزوج، تقتضى أن يعمل بغير بلد الزوجة أو بالتنقل بين البلاد المختلفة، كان على الزوجة أن تنتقل معه حيث يسكن.

وهذا ماجرى عليه العرف فى مصر وساعدت على وجوده حالة الضرورة

---

(١) رسالة نشر العرف فى بناء بعض الأحكام على العرف - مجموعة رسائل ابن عابدين - جـ٢ - ص ١٢٥ وما بعدها.

المتمثلة فى الأزمة الطاحنة فى الاسكان التى تعانيها البلاد، والتى لاتجعل طالب السكنى مخيرا فى مكان السكنى فى كثير من الحالات، وكذلك التقدم الحاصل فى وسائل المواصلات الذى يمكن معه التنقل إلى أقصى أماكن البلاد أو إلى الخارج فى ساعات معدودة.

أما اذا كانت طبيعة عمل أو وظيفة الزوج لاتستدعى أن يعمل بغير بلد الزوجة أو الانتقال إلى البلاد المختلفة، فلا يجوز للزوج اعداد مسكن الطاعة فى غير بلد الزوجة الا اذا وجد مبرر مقبول لذلك.

ويخضع تقدير هذا المبرر لقاضى الموضوع.

٦- اشتراط الزوجة فى عقد الزواج اقامتها ببلدها:

اذا اشترطت الزوجة على زوجها فى عقد الزواج ألا ينقلها من بلدها، فان هذا الشرط عند الأحناف يدخل فى الشروط الباطلة أو الفاسدة، فيصح العقد ويبطل الشرط.

(راجع فى التفصيل الكتاب الأول بند ٢٩).

٧ - الشرط الثالث : أن يكون الزوج أمينا على زوجته وعلى مالها ان كان لها مال :

فهذا الشرط ذو شقين: أمانة الزوج على نفس زوجته، وأمانة الزوج على مال زوجته ان كان لها مال.

ونعرض لهذين الشقين على التوالى:

٨ - (أ) امانة الزوج على نفس زوجته :

يجب أن يكون الزوج أمينا على زوجته فى نفسها، فقد قال تعالى: ﴿واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف﴾.

وقال جل شأنه: ﴿وعاشروهن بالمعروف وان كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا﴾.

وقال : ﴿وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا واثما مبينا﴾.

وقال النبى عليه السلام: ﴿واستوصوا بالنساء خيرا فان المرأة خلقت من ضلع وان أعوج ما فى الضلع أعلاه فان ذهبت تقيمه كسرته وان تركته لم يزل أعوج فاستوصوا بالنساء خيرا﴾.

ومقتضى أمانة الزوج على زوجته، أن يحافظ عليها ويصونها من الأذى ومما يخل بدينها وخلقها.

٩ - امثلة لعدم امانة الزوجة على نفس زوجته:

١ - دفع الزوجة إلى ارتكاب المحرمات :

ومثل ذلك أن يأمر الزوج زوجته باحتساء الخمر أو لعب الميسر أو مخالطة الرجال الأجانب أو الظهور على الشواطىء شبه عارية.

٢ - اعتداء الزوج على الزوجة بالضرب :

لاينال من أمانة الزوج ضرب الزوجة لتأديبها اذا كان ذلك فى نطاق حق التأديب المقرر فى الشريعة - والذى سنعرض له فيما بعد - أما اذا كان الضرب دون وجه حق أو مجاوزا للضرب المشروع فى التأديب. فاننا نرى أن

هذا الضرب يكون سببا لسلب أمانة الزوج على نفس زوجته، يبرر لها الامتناع عن طاعته، ذلك أن الطاعة فى هذه الحالة يكون فيها مضارة للزوجة، وهذا يتفق مع قوله تعالى: ﴿ولاتمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه﴾[1].

وفى هذا قضى بأن :

(أ) - «لئن كانت الطاعة حقا للزوج على زوجته الا أن ذلك مشروط بأن يكون الزوج أمينا على نفس الزوجة ومالها، فلا طاعة له عليها ان هو تعمد مضارتها بأن أساء اليها بالقول أو بالفعل أو استولى على مال لها بدون وجه حق ويجب فى مجال اثبات هذه المضارة الرجوع إلى أرجح الآراء فى مذهب أبى حنيفة عملا بنص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وهى وان كانت توجب أن تكون البينة من رجلين أو رجل وامرأتين الا أنه يكفى... الخ».

(نقض طعن رقم ١١٦ لسنة ٥٥ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٨٦/٦/٢٤)

(ب) - وحيث أن هذا النعى مردود ذلك أن المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أنه وإن كانت الطاعة حق للزوج على زوجته إلا أن ذلك مشروط بأن يكون الزوج أمينا عليها نفسا ومالا فلا طاعة له عليها إن هو تعمد مضارتها بالقول أو الفعل أو استولى على مالها بدون وجه حق، لما كان ذلك

---

(١) من هذا الرأى: المستشار صلاح الدين زغو ص ١٩٢ - الأستاذ أحمد أمين مشار إليه فى مؤلف الدكتور أحمد فتحى بهنسى ص ١٧٨ - وفى هذا المعنى المستشار أنور العمروسى - مدى التزام الزوجة بالطاعة مقال المحاماة - السنة ٥١ - العدد الأول يناير ١٩٧١ ص ٧٤ - وعكس ذلك منفلوط الشرعية فى ١٩٤٠/٦/٣٠ - منوف الشرعية فى ١٩٤٤/٣/٢٨.

وكان تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها هو مما يستقل به قاضى الموضوع ولا معقب عليه فى تكوين عقيدته مما يدلى به شهود أحد الطرفين مادام لم يخرج بذلك عما تحتمله أقوالهم، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بعدم الاعتداد بإنذار الطاعة على قوله «ان الثابت من أقوال شاهدى المستأنفة (المطعون ضدها) انه قد اتفقت اقوالهما بخصوص مشاهدتهما لواقعة الضرب الواقع من المستأنف ضده على المستأنفة، ومن ثم فإن المستأنف ضده غير أمين على نفس المستأنفة فإن امتناعها عن الدخول فى طاعته فى المسكن المبين بإنذار الطاعة موضوع الاعتراض جاء على سند ومبرر شرعى يمتنع معه الدخول فى طاعته» وهو من الحكم استخلاص موضوعى سائغ يؤدى إلى النتيجه التى انتهى إليها ويكفى لحمل قضائه ويكون النعى عليه بهذا السبب على غير أساس».

(نقض طعن رقم ٤ لسنة ٥٩ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩١/٤/٢)

(جـ) «وحيث أن هذا النعى مردود ذلك أنه وإن كانت الطاعة حقا للزوج على زوجته إلا أن ذلك مشروط بأن يكون الزوج أمينا على نفس الزوجة ومالها فلا طاعة له عليها إن هو تعمد مضارتها بـأن أساء إليها بالقول أو الفعل أو استولى على مالها بدون وجه حق ويجب فى إثبات هذه المضارة الرجوع إلى أرجح الآراء فى مذهب ابى حنيفة عملا بنص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وهى إن كانت توجب أن تكون البينة من رجلين أو رجل وامرأتين الا أنه يكفى فى ثبوت اضرار الزوج- بزوجته اضرارا يدل على عدم امانته على نفسها ومالها أن تتفق شهادة الشهود على إيذاء الزوج زوجته على نحو معين تتضرر منه دون ان يشترط لذلك ان تنصب شهادتهم على كل واقعة من الوقائع التى تشكل هذا الإيذاء باعتبار أنها ليست بذاتها مقصود الدعوى بل هى تمثل فى مجموعها سلوكا تتضرر منه الزوجة ولا يقره الشرع. ولما كان لمحكمة الموضوع - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - السلطة التامة فى تقدير أدلة الدعوى وبحسبها أن تبين الحقيقة التى

اقتنعت بها وأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله، وكان الحكم المطعون فيه قد قام قضاءه برفض دخول المطعون ضدها فى طاعة الطاعن على قوله« ... ولما كانت المحكمة تطمئن إلى شهادة شاهدى المستأنفة أمام محكمة أول درجة من أن المستأنف ضده تعدى على المستأنفة بالسب وشهد الشاهد الثانى بأنه شاهد المستأنف ضده يعتدى على المستأنفة بالضرب أربع مرات مما يجعله غير أمين عليها ومن ثم يكون امتناعها عن الدخول فى طاعته له ما يبرره...» وكان هذا من الحكم سائغا وله أصله الثابت بالأوراق ومستمدا من البينة الشرعية الصحيحة للمطعون ضدها فإن الحكم المطعون فيه يكون قد التزم صحيح القانون والنعى عليه على غير أساس وكان ما يثيره الطاعن فيما هو حق له شرعا فى تأديب المطعون ضدها هو دفاع قانونى يخالطه واقع وإذ لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع فإنه لايجوز له إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض».

(نقض طعن رقم ٩ لسنة ٦٠ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٢/١٢/١٥)

(د) - «وحيث أن هذا النعى غير صحيح فى وجهه الأول، ذلك أنه - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - وإن كانت الطاعة حقاً للزوج على زوجته إلا أن ذلك مشروط بأن يكون الزوج أمينا على نفس الزوجة ومالها فلا طاعة له عليها إن هو تعمد مضارتها بأن أساء إليها بالقول أو بالفعل أو استولى على مالها بدون حق باعتبار أن ذلك سلوك تتضرر منه الزوجة ولا يقره الشرع ويكون النعى بهذا الوجه على غير أساس ومردود فى وجهه الثانى ذلك أن الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بعدم الاعتداد بإعلان الطاعة على أساسين استخلصهما من أقوال شهود المطعون ضدها أولاهما هى عدم أمانة الطاعن عليها واستيلائه على مصوغاتها وثانيهما هى عدم إعداده المسكن الشرعى المناسب لها وكان الأساس الأول منهما يكفى وحده لحمل قضائه فإن النعى على الحكم فى هذا الشأن أياً كان وجه الرأى فيه يكون غير منتج ومردود فى

وجهه الثالث ذلك أن المقرر فى قضاء محكمة النقض أن تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها وسلطة الترجيح بين البينات واستظهار واقع الحال ووجه الحق فيها مما تستقل به محكمة الموضوع طالما لم تخرج عن مدلولها، وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه اعتد فى قضائه بما استخلصه من أقوال شهود المطعون ضدها أمام محكمة الموضوع بدرجتيها من ان الطاعن غير أمين عليها لانه طردها من منزل الزوجية واستولى على مصوغاتها واطرح أقوال الشاهد الثانى للطاعن لعدم علمه ما إذا كانت المطعون ضدها قد غادرت منزل الزوجية بإرادتها من عدمه وهو من الحكم استخلاص سائغ له أصله الثابت بالأوراق ويؤدى إلى ما انتهى إليه، ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن بوجه النعى لايعدو أن يكون جدلا موضوعيا فى سلطة محكمة الموضوع فى تقدير أدلة الدعوى لاتجوز إثارته أمام هذه المحكمة».

(نقض طعن رقم ١٣٧ لسنة ٦٠ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٤/٢/٢٢)

(هـ)- « الطاعة . حق للزوج على زوجته . شرطه. لاطاعة له إن هو تعمد مضارتها بالقول أو بالفعل أو استولى على مال لها بدون وجه لحق».

(طعن رقم٣٨٩ لسنة ٦٣ق- أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/٤/٢١)

(و) - «وحيث أنه بانزال القواعد المتقدمة على واقعات الدعوى الماثلة - فان الثابت من أقوال شاهدى المعترضة والتى تطمئن اليها المحكمة أن المسكن الذى أعده المعترض ضده للمعترضة مشغول بسكنى الغير من والده وأشقائه وأزواجهم بالاضافة إلى أن المعترض ضده غير أمين على المعترضة ثابت ذلك مما قرره أيضا شاهداها من أنهما شاهداه حال تعديه بالضرب عليها وأن هذا الضرب قد تجاوز الحدود المقررة شرعا وهو الإيذاء الخفيف... مما يتعين معه رفض إنذار الطاعة الموجه من المعترض ضده لها والمعلن بتاريخ١٩٨٧/٩/٢٨».

(طنطا الكلية بتاريخ ١٩٨٨/٥/٣١ الدعوى رقم ٨٧٦ لسنة ١٩٨٧ أحوال شخصية نفس)[1].

٣- إيذاء الزوجة بالقول:

إذا بدر من الزوج لزوجته إيذاء بالقول، شفاهة أو كتابة كأن يسبها أو يسب أبويها، فإن ذلك يبرر لها الامتناع عن الدخول فى طاعته.

ذلك أن الطاعة فى هذه الحالة يكون فيها مضارة للزوجة - وهذا يتفق مع قوله تعالى: ﴿ولاتمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه﴾.

وقد قضت محكمة استئناف الاسكندرية (مأمورية دمنهور) في الاستئناف رقم ١٠٤ لسنة ١٩٩٠ احوال شخصية بتاريخ ١٩٩٢/٢/١٩ بأن:

---

(١) ذات المبدأ - مصر الشرعية فى ١٩٣٥/٤/١ الدعوى ١٢٠٥ لسنة ١٩٣٤ - وقد قضت محكمة النقض بأن:

«حيث أن الطاعن ينعى بالوجه الأخير من السبب الرابع على الحكم المطعون فيه القصور فى التسبيب، وفى بيان ذلك يقول ان الحكم المطعون فيه استند فى قضائه بعدم الاعتداد بإنذار الطاعة إلى واقعة الضرب التى قرر بها شاهدا المطعون ضدها - وهو من الضرب التأديبى المقرر للزوج على زوجته - دون بيان المعيار الذى أخذ به كمعيار موضوعى متفق مع ظروف طرفى الدعوى والبيئه التى نشأت فيها الزوجة وهو ما يعيبه بالقصور فى التسبيب ويستوجب نقضه.

وحيث ان هذا النعى غير مقبول ذلك ان المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - ان النعى الذى يقوم على دفاع يخالطه واقع لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع لايجوز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض. لما كان ذلك وكان الثابت من أوراق الطعن ان الطاعن لم يسبق له التمسك أمام محكمة الموضوع بأن الضرب الذى وقع منه على زوجته المطعون ضدها مما يدخل فى حدود حق التأديب المباح شرعا وانه لم يتجاوز هذا الحق، فانه يكون سببا جديدا لاتجوز اثارته لأول مرة أمام محكمة النقض ويكون معه النعى بهذا السبب غير مقبول».

(طعن رقم ٤ لسنة ٥٩ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩١/٤/٢).

«وحيث انه من المقرر أن من بين شروط طاعة الزوجه لزوجها أن يكون الزوج أمينا عليها نفسا ومالا، وتقتضى أمانه الزوج على زوجته أن يحافظ عليها ويصونها من الأذى المادى والمعنوى فلا يضربها الا لتأديب ولا يسبها أو يشهر بسمعتها وخلقها، وذلك لقوله تعالى: ﴿وعاشروهن بالمعروف﴾ وقول الرسول عليه السلام ﴿واستوصوا بالنساء خيرا﴾ فإذ ثبت عدم أمانه الزوج كان فى طاعة الزوجة مضارة إليها وقد قال تعالى ولاتمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه.

وحيث أنه لما كان ماتقدم، وكان ضمن ما استندت إليه المستأنف عليها في اعتراضها أمام محكمة أول درجة عدم أمانة المستأنف عليها نفساً لكونه دائم الإساءة إليها والاعتداء عليها قولا وفعلا، وكان الثابت من شهادة شاهدى المستأنف عليها التى تطمئن إليها المحكمة فى هذا الصدد أن المستأنف أنهى إلى الشاهد الأول أن زوجته المستأنف عليها سيئة وخائنة وأنه قرر على مسمع من الشاهد الثانى أنه سبها وأنها على علاقة بآخر، كما ثبت من الخطاب المؤرخ (١٤٠٨/٩/١هـ) المذيل بتوقيع المستأنف المرسل إلى (أخته) أنه لوح فيه بوجود علاقة بين المستأنف عليها وبين من يدعى (....)، كما وجه بعض ألفاظ السب والتهديد بسجن المستأنف عليها اذ «تقدمت إليه طالبة الطلاق وذلك فى خطاب غير مؤرخ موقع عليه منه مرسل إلى الدكتور (...) بمنطقه الجوفى بمستشفى بترجل كما ضمن خطابا موقعا عليه منه غير مؤرخ مرسلا لمن يدعى (...) أن ابن خال زوجته (...) يرسل لها خطابات ولوح فيه برغبتها فى الزواج منه – ولا تلتفت المحكمة إلى ماقرره وكيل المستأنف أمام المحكمة بجلسة ١٩٩١/١١/٢٠ من انه يجحد الأوراق العرفية سالفة الذكر والمقدمة من المستأنف عليها أمام محكمة أول درجة ذلك أن الانكار يرد على التوقيع فقط أما ما دون بالمحرر فوسيلته سلوك إجراءات

الادعاء بالتزوير، فضلا عن أن هذه المحررات قدمت لمحكمة أول درجة بجلسة ١٩٩٠/٣/٢٠ فى حضور المستأنف ولم يجحد توقيعه عليها، ومن ثم فان سكوته هذا يعتبر إقرارا ضمنيا لهذه المحررات ويجب عليه إن نازع فى صحتها الطعن عليها بالتزوير».

٤ - حبس الزوج زوجته ومنعه الطعام عنها:

قضى بأن حبس الزوج زوجته فى مسكن الطاعة ومنعه الطعام عنها ليضيق عليها ويكرهها على اسقاط نفقتها يجعله غير أمين عليها[١].

٥ - اتيان الزوجة فى غير موضع الحرث:

اتيان الزوجة فى غير موضع الحـرث أى فى دبرها محرم شرعا، فقد قال تعالى: ﴿فائتوهن من حيث أمركم الله﴾، وقال: ﴿فائتوا حرثكم أنى شئتم﴾، والحرث لايكون الا فى موضع المنبت وهو الفرج فلفظ حرث فيه تشبيه لأن النساء مزرعة الذرية. وقد قال النبى عليه السلام: ﴿ملعون من أتى امرأته فى دبرها﴾ وفى لفظ: ﴿لاينظر الله إلى رجل جامع امرأته من دبرها﴾، وعن علي بن أبى طالب رضى الله عنه أن النبى عليه السلام قال فى الذى يأتى امرأته فى دبرها ﴿اللوطية الصغرى﴾.

وفضلا عن ذلك فان هذا الفعل مخالف لمبادىء الأخلاق والآداب، ويلحق بالمرأة ضررا نفسيا يتفاوت مداه.

فاذا أتى الرجل زوجته من دبرها كرها كان لها طلب التفريق للضرر طبقا للمادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (المعدل) اذا

---

(١) تلا الشرعية فى ١٩٣٠/٤/١٣.

أصبحت العشرة بينهما مستحيلة بسبب ذلك كما نص الفقهاء على أن لها أن تطلب من القاضى تعزيره.

وفى رأينا أن فى اتيان الزوج هذا الفعل المحرم كرها عن زوجته مضارة لها، ويبرر لها الامتناع عن طاعته دفعا لهذه المضارة(١).

٦ - ممارسة الزوج اعمال السحر والشعوذة فى مسكن الزوجية وارغام الزوجة على استقبال رواده:

اذا مارس الزوج أعمال السحر والشعوذة والادعاء بقراءة الكف والتنجيم وكتابة الأحجبة، ودأب على استقبال رواده بمسكن الزوجية، وأرغم زوجته على لقائهم فان ذلك مما يخل بشرط أمانة الزوج(٢).

انما لاينفى شرط الأمانة عن الزوج تأخره أو امتناعه عن دفع نفقة زوجته

---

(١) وقد أفتت دار الافتاء المصرية بتاريخ ١٩٦٤/٥/١٠ فى الطلب رقم ٢٧٢ سنة ١٩٦٤ بأن:

«ان اتيان الرجل زوجته فى دبرها أمر منكر وحرام شرعا. وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك قال: «ملعون من أتى امرأته فى دبرها»رواه أحمد وأبو داود. وفى لفظ: «لاينظر إلى رجل جامع امرأته فى دبرها» رواه أحمد وابن ماجه. وعن خزيمة أن النبى صلى الله عليه وسلم «نهى أن يأتى الرجل امرأته فى دبرها» رواه أحمد وابن ماجه. وعن أمير المؤمنين على ابن أبى طالب رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى الذى يأتى امرأته فى دبرها«اللوطية الصغرى» رواه أحمد. الا ان إتيان الرجل زوجته فى دبرها لايوجب تحريمها شرعا.

ويجب على الزوج أن يقلع عن هذه العادة المرذولة، كما يجب على الزوجة أن تعصيه اذا طلب منها ذلك، ولا تمكنه من نفسها ليفعل بها هذا الأمر المنكر اذ لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق فاذا أصر الزوج على هذا الطلب واستحالت العشرة بسبب امتناع الزوجة عن مجاراته. كان للزوجة أن ترفع أمرها للقضاء ليفرق بينهما بسبب هذا الضرر الذى فيه امتهان لكرامتها. وبهذا علم الجواب عما جاء بالسؤال والله أعلم».

(٢) المستشار أنور العمروسى – المقال المشار إليه ص ٧٢ وحكم محكمة بلقاس.

لها أن لها أن تأخذ منه متجمد نفقتها بالطريق الذى رسمه القانون وليس منه الامتناع عن الدخول فى طاعته بل ان استحقاقها للنفقة شرطه دخولها فى الطاعة والنشوز مسقط لها.

١٠ - (ب) أمانة الزوج على مال زوجته :

يجب أن يكون الزوج أمينا على مال زوجته ان كان لهـا مال، فلا تلتزم الزوجة بطاعـة زوجها اذا ثبت أنه غير أمين على مالها.

ومن الأمثلة على عدم أمانة الزوج على مال زوجته ما يأتى :

١ - تبديد الزوج لأعيان جهاز زوجته.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض فى حكم حديث لها صادر بتاريخ ١٩٨٨/٤/١٩ فى الطعن رقم ١٠١ لسنة ٥٧ق «أحوال شخصية» بأن :

«وحيث أن النعي فى محله ذلك أنه لمـا كـانت الطاعنة قـد أقـامت اعتراضها على اعلانها فى ١٩٨٥/١٠/٥ بالدعوة للدخول فى الطاعة على سببين أحدهما أن مسكن الطاعة مشغول بسكنى الغـير والآخر أن المطعون عليه غير أمين عليها فى مالها وأنه حكم نهائيا بادانته لتبديده منقولاتها وقدمت لمحكمة الموضوع - اثباتا لذلك - صورة رسمية من الحكم الصادر فى قضية الجنحة رقم ٧٥٣٣ لسنة ١٩٨٤ بادانة المطعون عليه فى تهمة تبديد منقولات الطاعنة والمؤيد بالحكم الصادر فى القضية رقم ٣١١٨ لسنة ١٩٨٥ جنح مستأنف بور سعيد، وكان الحكم المطعون فيه اذ قضى بالغاء الحكم المستأنف وبرفض الدعوى قد أقام قضاءه على أن مسكن الطاعة استوفى

شرائطه الشرعية دون أن يعرض لبحث ما أثارته الطاعنة فى اعتراضها عن عدم أمانة المطعون ضده عليها فى مالها ولدلالة المستندات التى قدمتها على ثبوت هذا السبب فانه يكون معيبا بالقصور فى التسبيب بما يوجب نقضه».

٢ - سـرقـة مـال الزوجـة :

ويستوى أن يكون هذا المـال بمسكن الزوجية أو خـارجـه.

١١ - عدم التزام الزوجة بالطاعة اذا كان فيها مضارة لها:

اذا كان فى التزام الزوجة بالطاعة مضارة لها، سقط عنها هذا الالتزام لأنه لاضرر ولاضرار فى الاسلام ومن أمثلة ذلك:

١ – ألا يكون مسكن الطاعة مناسبا لحالة الزوجة الصحية.

كما لو كان المسكن فى مكان تشتد فيه الرطوبة والزوجة مريضة بمرض صدرى أو فى طابق مرتفع وليس بالعمارة مصعد وهى مريضة بالقلب.

وقد اعتبرت بعض المحاكم هذا الأمر من شروط مسكن الطـاعـة[١].

٢ – أن تكون الزوجة مريضة بمرض يعجزها عن الحركة كما لو كانت مشلولة مما لايكون هناك نفع للزوج من دخولها فى طاعته. أو كانت فاقدة الارادة فقدانا تاما مما يتعذر معه امتثالها لطاعته.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة امبابة بتاريخ ١٩٣٠/٣/٨ فى الدعوى ١٣٥٢ لسنة ١٩٣٢ بأن:

«حيث أن النصوص الشرعية لاتسوغ للزوجة النشوز عن طاعة زوجها، بعذر المرض الا أننا فى هذه الدعوى تبينا أن حال المدعى عليها أكثر من أن

(١) محكمة الجمالية الشرعية فى ١٩٢٩/٤/١٠ فقضت بأن العوامات فى النيل لاتصلح مسكنا شرعيا اذا تضررت الزوجة من السكنى فيها لأن مسكن الطاعة يشترط أن يكون مناسبا لحال (الطرفين) لا من جهة بنائه ومرافقه وأدواته فحسب بل من الوجهة الصحية.

تدخل تحت هذه النصوص، لأنها فاقدة الارادة فقدانا تاما والطاعة والنشوز انما مناطهما ارادة الشخص المكلف نفسه. لا ارادة غيره، وقد سلم المدعى أنها لا ارادة لها، وأن غيرها هو الذى يسيرها كيف يشاء، ومن حيث أن القرائن واضحة فى هذه الدعوى على أن المدعى لايقصد من دعواه هذه الامضارة المدعى عليها، ليتخلص من النفقة المفروضة لها عليه فقط وقد رضى بالتأجيل للصلح على البراءة من نفقة العدة ومؤخر الصداق فهو لايرمى إلى مقاصد الزوجية، ولا إلى الحرص على العلاقة التى بينه وبينها وهو يعلم حالها حق العلم، ومن ثم لايجاب إلى طلب الحكم له عليها بالطاعة».

٣ - أن يكون الزوج مريضا بمرض معـد.

وفى هذا قضت محكمة الضواحى بتاريخ ١٩٣٨/٣/١٦ فى الدعوى ٢٧٦٧ لسنة ١٩٢٦ بأن :

«لايصح الحكم على الزوجة بالطاعة لزوجها متى ثبت أنهما مصابان بالزهرى، لما يترتب على الجمع بينهما من نتائج خطيرة، وآثار سيئة فى حياتها، وفى النسل، والمجتمع ولأن الشريعة الاسلامية لاتبيح هذا الضرر ولا تقره، بل توجب العمل على تلافى أسبابه، وزوال مقتضياته، اذ النكاح لم يشرع الا ليكون وسيلة إلى معاشرة صالحة قوامها المودة والرحمة والسعادة والرفاهية، ومفضيا إلى نسل صالح للبقاء ونافع للمجتمع فى غير ما ضرر ولاضرار».

١٢ - إثبات شروط الطاعة :

يثبت توافر شروط الطاعة بكافة طرق الاثبات الشرعية من بينة واقرار ويمين، ونصاب الشهادة هنا شهادة رجلين أو رجل أو امرأتين.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

«المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أنه يشترط لصحة الشهادة فيما يشترط فيه العدد أن تتفق مع بعضها لأن باختلافها لايوجد إلا شطر الشهادة وهو غير كاف فيما يشترط فيه العدد. وإذ كان نصاب الشهادة على شرعية المسكن وفقا للرأى الراجح فى فقه الأحناف رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول وكان البين من الأوراق أن الشاهد الأول من شاهدى المطعون ضدها وإن شهد أمام محكمة أول درجة أن الطاعن طرد شقيقه من مسكن الزوجية إلا أن الشاهد الثانى قرر أنه لايعلم شيئا عن هذا المسكن وبذلك لاتتوافر بشهادته نصاب الشهادة المطلوبة على عدم شرعية مسكن الزوجية» .

(طعن رقم ٣٦ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٠/١/١٦)

وتثبت شرعية المسكن أيضا بمعاينة القاضى، أو من أى محضر رسمى آخر.

كما يجوز للمحكمة الاستعانة بالتحريات الادارية التى يطلبها قلم الكتاب من جهة الادارة من قبيل زيادة الاثبات والاطمئنان فقط[١] .

ولا يعتبر محضر الحجز حجة فى خلو المسكن من الأدوات والمفروشات اللازمة للمعيشة اذا لم ينص فيه على أن المحجوز عليه من الأدوات والمفروشات والمنقولات هو كل أدوات ومفروشات ومنقولات المسكن، لجواز أن يكون بالمسكن أشياء منها لم يشملها الحجز ويكون بها المسكن شرعيا.

ولا يعتبر محضر الحجز حجة فى اثبات مشغولية مسكن الطاعة بسكنى

---

(١) منشور الحقانية رقم ١٤ فى ١٩٢١/٢/٢٢ .

الغير، لأن حجيته قاصرة على ما أعد من أجله، وليس من بينه اثبات أو نفى مشغولية المسكن بسكنى الغير.

وانما يمكن اعتباره قرينة يجوز للقاضى الأخذ بها ما لم يثبت الخصم العكس[1].

وقد قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٨٤/١/٢٢ فى الطعن رقم ٨ لسنة ٥٤ق «أحوال شخصية» بأن:

«انتهاء محكمة الموضوع باستدلال سائغ، إلى شرعية مسكن الطاعة من سلطتها فى تقدير الدليل، عدم جواز إثارته أمام محكمة النقض».

١٣ - زوال شرعية مسكن الطاعة بعد الحكم بالطاعة :

توافر شروط شرعية مسكن الطاعة من الأمور المتغيرة، فقد يكون مسكن الطاعة شرعيا وقت صدور حكم الطاعة، ثم تزول هذه الشرعية، بأن ينقل الزوج ما به من أدوات ومنقولات لازمة للمعيشة أو يسمح لآخر بالاقامة به فيضحى مشغولا بسكنى الغير.

وفى هذه الحالة يكون للمحكوم عليها الطعن فى الحكم بالاستئناف، وتأسيسه على زوال شرعية المسكن. واذا كان الحكم مشمولا بالنفاذ المؤقت أو نهائيا، كان لها الاستشكال فى تنفيذه باعتبار أن زوال شرعية المسكن جاء لاحقا للحكم، فلا يتضمن الاشكال مساساً بحجيته.

---

(١) الأستاذ صالح حنفى المرجع فى قضاء الأحوال الشخصية للمصريين - جـ١ الطبعة الأولى جـ١ ص ٧١ - الاسكندرية الابتدائية فى ١٩٥٦/٢/٢١ الدعوى ٣٦ لسنة ١٩٥٦ - دمنهور الابتدائية فى ١٩٥٦/٥/١٤ الدعوى ٣٥ لسنة ١٩٥٦ المنشوران بالمرجع السابق - ص ٣٣١، ٣٣٢).

كما يجوز لها اذا أصبح حكم الطاعة نهائيا رفع دعوى مبتدأة بطلب منع تعرض الزوج لها بحكم الطاعة لزوال شرعية المسكن.

تأديب الزوجة:

١٤ - مشروعية التأديب:

للزوج على زوجته حق التأديب، والأصل فى ذلك قوله تعالى فى سورة النساء (الآية ٣٤) :

﴿واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا﴾.

وليس فى إعطاء الزوج حق التأديب أى امتهان أو تحقير للزوجة، لأن الأسرة شأنها شأن أى جماعة لابد أن يكون لها نظام لتأديب من يشذ على نظمها أو يخالف السلوك المألوف فيها حتى لايختل أمرها ويسوء حالها، بل أن الدول تضع نظما لتأديب كبار العاملين بها كأساتذة الجامعات ورجال الشرطة وغيرهم، ولم يقل أحد بأن ذلك ينال من كرامتهم أو هيبتهم.

والتأديب لصالح المرأة والأسرة، فهو يثنى المرأة عن خطئها فتعود إلى طاعة زوجها وربها، والزوجة هى راعية بيتها وأولادها فاذا استقام أمرها بالتأديب صلح حال الأسرة كلها.

واعطاء حق التأديب للزوج دون غيره كالقاضى فيه ستر على أخطاء الزوجة وهى يجب أن تظل فى طى الكتمان حفاظا على كرامتها وهيبتها بين أهلها ومعارفها، فضلا عن أن الزوج أقرب الناس إليها وأعلمهم بطباعها، ومن ثم فهو أعلم بوسيلة التأديب التى تجدى معها حتى يأتى التأديب بالثمرة المرجوة منه.

وقد توسع الفقهاء فى مدلول النشوز، فجعلوا للزوج تأديب الزوجة عن كل معصية لم يرد فيها حد مقرر، فالزوج يعزرها بدلا من القاضى، كأن تمتنع عن تلبية دعوته إلى الفراش دون عذر شرعى، أو تركها الزينة أو خروجها من البيت دون اذنه فى غير الحالات المقررة شرعا وقانونا. والرأى الراجح تعزيرها على ترك الفرائض اذا كانت مسلمة كترك الصلاة والصوم(١).

١٥ - الزوجة التى تخضع للتأديب:

جرت الآية على أن: ﴿واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن... الخ﴾.

فقد قسمت الآية الزوجات إلى قسمين:

١ - زوجة صالحة وهى التى تطيع زوجها وتحفظ سره وتمتثل لطاعة ربها فبلغت مرتبة تسمو بها عن التعرض للتأديب.

٢ - زوجة يخاف نشوزها، وهى التى لاتطيع زوجها ولا تمتثل لحقوق ربها، فهى فى حاجة إلى التهذيب والتأديب. وهذه هى التى شرع حق التأديب من أجلها.

والنشوز هو معصية الزوج مأخوذ من النشز أو الارتفاع فكأنها ارتفعت وتعالت عما أوجب الله عليها من الطاعة.

---

(١) فقد جاء بالفتاوى المهدية لمفتى الديار المصرية الشيخ محمد العباسى المهدى - جـ١ ص ٤٠٦: «... ولا تقر على النشوز لأنه معصية وقد صرحوا بأن كل معصية ليس فيها حد مقرر ففيها التعزير وذكر فى التنوير وشرحه من باب التعزير يعزر المولى عبده والزوج زوجته ولو صغيرة على تركها الزينة الشرعية مع قدرتها عليها وتركها غسل الجنابة وعلى الخروج من المنزل لو بغير حق وترك الاجابة إلى الفراش لو كانت طاهرة من حيض».

والزوجة لا تؤدب لخوف النشوز قبل اظهاره، وانما تؤدب لاظهر النشوز فعلا[١].

١٦ - وسائل التأديب:

للتأديب وسائل ثلاث كما جاء بالآية هى: الموعظة والهجر والضرب.

ويجب على الزوج اتباع الوسائل المذكورة على الترتيب الوارد بالآية، فيبدأ بالموعظة فان لم تفلح هجرها فاذا لم يجد الهجر ضربها.

فظاهر الآية وان كان بحرف الواو الموضوعة للجمع المطلق لكن المراد منه الجمع على سبيل الترتيب والواو تحتمل ذلك بدليل قوله تعالى: ﴿فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا﴾[٢].

والموعظة تكون بالرفق واللين، وذلك بتذكيرها بالله وتخويفها به، وتنبيهها للواجب عليها من الطاعة وما لزوجها عليها من حق، ولفت نظرها إلى ما يلحقها من الاثم بالمخالفة والعصيان وما يفوت من حقوقها فى النفقةأما الهجر ى المضجع، فقد اختلف فى كيفيته فقيل بأن يهجرها بأن لايجامعها ولا يضاجعها على فراش، وقيل يهجرها بأن لا يكلمها فى مضاجعته اياها لا أن يترك جماعها ومضاجعتها لأن ذل حق مشترك بينهما فيكون فى ذلك عليه من الضرر ما عليها فلا يؤذيها بما يضر بنفسه ويبطل حقه، وقيل يهجرها بأن

---

(١) لأستاذ عبد القادر عودة التشريع الجنائى الاسلامى - الجزء الأول ١٩٨٤ طبعة نادى القضاة ص ٥١٤ - وقارن الدكتور أحمد فتحى بهنسى فى مؤلفه المسئولية الجنائية فى الفقه الاسلامى الطبعة الثالثة ١٩٨٤ ص ١٧٥ اذ يرى أن التأديب للنساء العاصيات اللاى يخاف نشوزهن كنص الآية الواضح الصريح. وقد جاء بالمادة ٢٠٩ من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لقدرى باشا: (يباح للزوج تأديب المرأة تأديبا خفيفا على كل معصية لم يرد فى شأنها حد مقرر ولايجوز له أصلا أن يضربها ضربا فاحشا ولو بحق).

(٢) بدائع الصنائع جـ٢ ص ٣٣٤ - نقض طعن رقم ٥ لسنة ٤٦ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٧٧/١١/٩ « منشور بصحيفة ٦٨٦ وما بعدها».

يفارقها في المضجع ويضاجع أخرى - اذا كان متزوجا بأخرى - في حقها وقسمتها لأن حقها عليه في القسم في حالة الموافقة وحفظ حدود الله لا في حالة النشوز، وقيل يهجرها بترك مضاجعتها وجماعها لو عرف غلبة شهوتها وحاجتها لا في وقت حاجته إليها لأن هذا للتأديب والزجر فينبغي أن يؤدبها لا أن يؤدب نفسه بامتناعه عن المضاجعة في حالة حاجته إليها[١].

وما دام المقصود هو التأديب فالأولى أن يترك تقدير ذلك إلى الزوج ليفعل منه ما يلائم حاله وما يراه ادعى إلى تقويم زوجته[١].

والضرب هو الوسيلة الثالثة للتأديب، ولا يلجأ إليه الزوج الا بعد فشل الوسيلتين السابقتين في اصلاح الزوجة، ورأى أن رجوع المرأة عن نشوزها يتوقف عليه، فهو منوط بالضرورة.

وفي هذا قضت محكمة النقض بتاريخ ٩ نوفمبر سنة ١٩٧٧ في الطعن رقم ٥ لسنة ٤٦ق «احوال شخصية» بأن:

«حق التأديب الشرعي المعبر عنه بالضرب بالآية الكريمة ﴿واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا﴾ لا يلجأ إليه الا بعد سلوك سبيلي الموعظة الحسنة والهجر في المضاجع باعتباره الوسيلة الثالثة والأخيرة للاصلاح، وكان الرأي فيه أن يقتصر مجاله حال انحراف البيئة وغلبة الأخلاق الفاسدة، ولا يباح الا اذا رأى الرجل أن رجوع المرأة عن نشوزها يتوقف عليه، فهو منوط بالضرورة الأشد وأشبه بالحلال المكروه، وكان تقديره بهذه المثابة متروك لقاضي الموضوع، واذ انتهى الحكم إلى أن اعتداء الطاعن على المطعون عليها بالطريق العام، وانفراط عقدها وتلويث ملابسها، وتجمهر المارة حولها فيه تجاوز لحق التأديب

---

(١) بدائع الصنائع - جـ٢ - ص ٣٤٤.

(٢) على حسب الله في الزواج في الشريعة لاسلامية - ص ٢٠٥.

الشرعى بمراعاة البيئة التى ينتمى إليها الخصمان المتداعيان، فانه لا سلطان عليه فى ذلك طالما كان استخلاصه على ما سبق بيانه سائغا... الخ».

والضرب المباح فى التأديب، هو الضرب غير المبرح وغير الشائن، فيجب ألا يكون الضرب شديدا يؤثر فى الجسم أو يغير فى لون الجلد، وألا يكون فى المواضع المخوفة كالوجه والمهالك.

ويجوز أن يكون الضرب باليد أو السواك أو العصا ونحو ذلك، وقد روى عن ابن عباس أن الضرب يكون بالسواك ونحوه مما حدا ببعض الفقهاء إلى القول – بحق – أن القصد فيه إلى الايذاء المعنوى أقوى من القصد إلى الايذاء البدنى(١).

ويدل على ذلك قول النبى عليه السلام فى حجة الوداع: «ألا واستوصوا بالنساء خيرا فانما هن عوان عندكم ليس تملكون منهن شيئا غير ذلك الا أن يأتين بفاحشة مبينة، فان فعلن فاهجروهن فى المضاجع واضربوهن ضربا غير مبرح، فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا»، وقد فسر العلماء الفاحشة بأنها البذاء وليس الزنا.

وقد سأل رجل النبى عليه السلام ما حق المرأة على الزوج؟ قال: «تطعمها اذا طعمت وتكسوها اذا اكتسيت ولا تضرب الوجه ولا تقبح ولا تهجر الا فى البيت».

وأكثر من ذلك فقد ندب النبى عليه السلام إلى عدم استعمال الضرب فى التأديب ليكون الهجر هو الوسيلة الأخيرة فى التأديب، فقد روى أن النبى عليه السلام استؤذن فى ضرب النساء فقال: «اضربوا ولن يضرب خياركم»(٢).

---

(١) على حسب الله – ص ٢٠٦.

(٢) وقد جاء بفتوى دار الافتاء المصرية بتاريخ ١٩٧٨/١٢/٧ فى الطلب رقم ٣٨٠ لسنة ١٩٧٨ أنه:
=

ويراعى فى الضرب بيئة الزوجين وثقافتهما ووسطهما الاجتماعى، فما يعتبر تأديبا فى بيئة أو ثقافة أو وسط لايعتبر كذلك فى غيره. وما يخرج عن حدود التأديب فى واحد منها قد لايصل حدود التأديب فى غيره.

= «لقد رتبت الشريعة الاسلامية الحنيفة السمحة على عقد الزواج حقوقا لكل من الزوجين على الآخر، وأمرت كلا منهما أن يحافظ على حق صاحبه حتى تصل الحياة الزوجية بينهما إلى أوج الكمال وتؤتى ثمارها الطيبة، ويتحقق الغرض الأسمى الذى من أجله شرع الله الزواج وهو السكن والمودة والتراحم بين الزوجين، ومن حق الزوج على زوجته أن يمنعها من الخروج من بيته الا لحاجة يقضى بها العرف العف النزيه كزيارة أبويها أو قريب محرم لها، ومن واجبها الامتثال لمنعه اياها فى غير حالات الضرورة. وجعل الشارع الحكيم للزوج على زوجته ولاية التأديب على المخالفات التى تحدث منها بالنصح والارشاد، وبالزجر والنهر، وبالتهديد والوعيد. وهذه أشياء تتبع حالة المخالفة شدة وضعفا، كما تتبع حالة الزوجة وتربيتها ومبلغ استعدادها لقبول النصح وعدم العودة إلى ما يعكر صفو الحياة الزوجية. وقد أباح الشارع للزوج اذا تمادت زوجته فى المخالفة أو أتت شيئا لاينبغى التهاون فيه أن يضربها ضربا خفيفا غير مهين ولا مبرح – وهذا الحق مقرر بقوله سبحانه وتعالى فى محكم كتابه فى سورة النساء فى الآية رقم ٣٤ ﴿واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا﴾ وقد قال القرطبى فى تفسير هذه الآية: «أمر الله أن يبدأ النساء بالموعظة أولا ثم بالهجران، فان لم ينجعا فالضرب، فانه هو الذى يصلحها ويحملها على توفية حقه. والضرب فى هذه الآية هو ضرب الأدب غير المبرح، وهو الذى لايكسر عظما ولا يشين جارحة. وروى أحمد وأبو داود والنسائى أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴿ماحق المرأة على الزوج﴾ قال: ﴿تطعمها اذا طعمت وتكسوها اذا اكتسيت ولاتضرب الوجه ولا تقبح ولا تهجر الا فى البيت﴾ وعلى ذلك فاذا كانت زوجة السائل قد دأبت على الخروج من منزل الزوجية لغير زيارة أبويها دون اذنه، كما دأبت على نزول البحر دون اذن بل ومع نهيه إياها كما جاء بسؤاله، فان له شرعا وبمقتضى الآية الكريمة ولاية تأديبها بالعقوبات التى حددتها تلك الآية، والمراد بالضرب المباح له شرعا بهذا النص كما قال المفسرون هو الضرب الذى لايكسر عظما ولا يسيل دما ولا يشين عضوا من الجسم، على أنه لا يلجأ الزوج إلى الضرب الا مؤخرا كما أخره الله تعالى فى الترتيب فى هذه الآية، ولا خلاف فى هذا الحق على هذا الوجه بين الفقهاء، واذا كان الضرب المنسوب للسائل بهذه المثابة فلا جناح عليه شرعا. ومن هذا يعلم الجواب اذا كان الحال كما ورد بالسؤال والله سبحانه وتعالى أعلم».

ويشترط اذا كان التأديب عن أمر تعاقب عليه السلطات العامة أن لايبلغ لهذه السلطات وأن لاتكون الدعوى العمومية قد رفعت ضد الزوجة بشأن هذا الأمر، فاذا حدث شئ من هذا فليس للزوج أن يؤدب الزوجة لأن السلطات العامة هي المختصة أصلا بالعقاب، فاذا عرض الأمر عليها، سقط حق الزوج في التأديب لأنه حق أعطى له استثناء حتى لاتؤدى تدخل السلطات العامة في كل أمر إلى اساءة العلاقة بين الزوجين[١].

وقد شرع التأديب تهديدا للزوجة ومواجهة لنشوزها، ولذلك يتعين أن يكون الباعث للزوج على استعماله تحقيق هذه الغاية، فاذا تحقق الزوج أو ظن عدم افادة الضرب أو شك فيها فلا يضربها لأنه وسيلة إلى اصلاح حالها، والوسيلة لاتشرع عند ظن عدم ترتب المقصود عليها. ولايصح أن يخفى الضرب باعثا آخر غير التأديب كالانتقام من الزوجة أو مجرد الايذاء[٢].

١٧ - المسئولية عن التأديب :

اذا استعمل الزوج حقه في التأديب في حدوده المشروعة، فانه لا يسأل مدنيا أو جنائيا عن فعله، لأنه يستعمل حقا أباحه له الشارع.

وقد نصت المادة ٦٠ من قانون العقوبات على أن: «لاتسرى أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة» .

أما اذا تجاوز الزوج حق التأديب، وضرب زوجته ضربا أثر في الجسم

---

(١) الأستاذ عبد القادر عودة - ص ٥١٦.

(٢) وهناك وسيلة رابعة تالية للضرب وهى التحكيم أشار إليها قوله تعالى: ﴿وان خفتم شقاقا بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ان الله كان عليما خبيرا﴾ وهذه الوسيلة لا يلجأ إليها قضاء الا من خلال دعوى التطليق للضرر في حالة معينة - كما هو موضح بالكتاب الثاني - أو اعتراض على انذار الطاعة.

أو غير لون الجلد فانه يكون مسئولا عن فعله مسئولية جنائية ومدنية بحسب النتيجة التى حدثت[١].

فاذا حدث التجاوز عن قصد وأدى الضرب إلى الوفاة كان الزوج مسئولا عن قتل عمد واذا كان التجاوز عن غير قصد كان مسئولا عن قتل خطأ[٢].

وفى هذا قضت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) بأن:

١ - «ان حق الزوج فى تأديب زوجته مبين بالمادة ٢٠٩ من قانون الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية التى نصها «يباح للزوج تأديب المرأة تأديبا خفيفا على كل معصية لم يرد فى شأنها حد مقرر. ولايجوز له أصلا أن يضربها ضربا فاحشا ولو بحق» . وقد قالوا ان حد الضرب الفاحش الذى تشير إليه المادة هو الذى يؤثر فى الجسم ويغير لون الجلد فاذا ضرب زوج زوجته فأحدث بها سحجين فى ظاهر الخنصر وسحجا آخر فى الصدر فهذا القدر كاف لاعتبار ما وقع منه خارجا عن حدود حقه المقرر بمقتضى الشريعة ومستوجبا للعقاب عملا بالمادة ٢٠٦ عقوبات» .

(طعن رقم ١٧٨ لسنة ٤ق - جلسة ١٩٣٣/١٢/١٨)

٢ - « ... ذلك بأنه وان أبيح للزوج تأديب المرأة تأديبا خفيفا على كل معصية لم يرد فى شأنها حد مقرر الا أنه لايجوز له أصلا أن يضربها ضربا فاحشا - ولو بحق - وحد الضرب الفاحش هو الذى يؤثر فى الجسم ويغير لون الجلد، فاذا كان الطاعن قد اعتدى على المجنى عليها اعتداء بلغ من

---

(١) الدكتور أحمد فتحى بهنسى - ص ١٧٧ .

(٢) الدكتور محمود محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات - القسم العام - الطبعة الثالثة - ١٩٥٥ - ص ٩٣.

الجسامة الحد الذى أوردها حتفها فليس له أن يتعلل عما يزعمه حقا له يبيح له ماجناه» .

(طعن رقم ٧١٥ لسنة ٣٥ق - جلسة ١٩٦٥/٦/٧)

وإذا تجاوز الزوج حدود التأديب، فان ذلك قد يسلب أمانته على زوجته مما يبرر لها الامتناع عن الدخول فى طاعته .

كما قد يجيز هذا الضرب للزوجة طلب التفريق للضرر طبقا للمادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (المعدل) .

أما اذا ترتب على التأديب المشروع موت الزوجة أو اصابتها بعاهة، فقد اختلف الفقهاء فى حكم مسئولية الزوج من عدمها، وقد ذهب الأحناف الى أن الزوج يكون مسئولا، لأن التأديب فعل يبقى المؤدب بعده حيا، فاذا أدى الضرب إلى تلف المضروب أو إلى تلف أحد أعضائه، فقد وقع قتلا أو قطعا لا تأديبا.

وبعد أن فرغنا من بيان حق الزوج فى تأديب زوجته، نعرض هنا لدراسة الحقوق المشتركة بين الزوجين وهما حقان: حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر، وحسن العشرة. ثم نعرض بعد ذلك لواجب الزوج فى العدل بين الزوجات.

١٨ - حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر:

العشرة الزوجية وحل استمتاع كل من الزوجين بالآخر من أهم الآثار التى تترتب على عقد الزواج، فهو يحل للزوجين ما هو محرم بغيره، وذلك تلبية لداعى الفطرة البشرية والرغبة فى التناسل. وقد قال تعالى: ﴿والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم، أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير

ملومين﴾[١]، فيحل لكل من الزوجين الاستمتاع بالآخر فى الحدود التى رسمها الشارع.

والاستمتاع يكون فى موضع الحرث وهو منبت الولد ويحرم على الزوج اتيان الزوجة من الدبر، انما يجوز له الاستمتاع بها بما هو دون الجماع.

وقد قال تعالى: ﴿نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم﴾، وقال: ﴿فأتوهن من حيث أمركم الله﴾.

(راجع بند ٥/٩).

ويذهب الأحناف إلى أن الزوج لا يلزم قضاء بجماع امرأته الا مرة واحدة فى مدة الزوجية، أما ديانة فيجب عليه أن يجيبها اذا طلبت ما لم يوجد لديه عذر كمرض، لأن عليه اعفافها بحيث لا ينقطع عنها مدة الايلاء وهى أربعة أشهر من غير رضاها، لأن الوطء قد أبيح لمصلحة كل من الزوجين ودفع الضرر عنهما وهو يؤدى إلى منع ضرر الشهوة عن المرأة كأدائه إلى منع الشهوة عن الرجل فهما متساويان فى هذه الناحية[٢].

أما الزوجة فيجب عليها ألا تمتنع عن الفراش اذا دعاها الزوج الا لعذر كعادة شهرية أو مرض أو صوم رمضان أو الاحرام بالحج أو العمرة.

والسبب فى التشديد على المرأة وايجاب أن تجىء إلى زوجها إذا دعاها أن الرجل أضعف من المرأة على ترك الاتصال الجنسى.

وقد قال النبى عليه السلام: ﴿اذا دعا الرجل امرأته إلى فراشه فأبت أن تجىء فبات غضبان عليها لعنتها الملائكة حتى تصبح﴾[٣].

---

(١) سورة المؤمنون (الآيتان ٥، ٦).

(٢) شرح فتح القدير - جـ٣ - ص ٤٣٥ - حاشية ابن عابدين جـ٣ - ص ٢٠٢.

(٣) الدكتور محمد رأفت عثمان - الحقوق الزوجية المشتركة فى الفقه الاسلامى - الطبعة الأولى سنة ١٩٨٠ - ص ٢٠ وما بعدها.

١٩ - حسن العشرة :

حسن العشرة من الحقوق المشتركة بين الزوجين، فيجب على الزوج أن يحسن معاملته لزوجته، وكذلك يجب على الزوجة أن تحسن معاملتها لزوجها، فيسعى كل منهما إلى ما يرضى الآخر من حسن المخاطبة واحترام الرأى والتسامح والتعاون على الخير ودفع الأذى والبعد عما يجلب الشقاق والنزاع. فقد قال تعالى: ﴿ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة﴾[(١)] وقال: ﴿وعاشروهن بالمعروف﴾[(٢)]. وقال: ﴿ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف﴾[(٣)] وقد ثبت أن النبى عليه السلام أوصى الرجال بالنساء خيرا ودعاهم إلى الاحتمال لهن والصبر على ما قد يضايق الأزواج من أخلاقهن، وقد نهى عليه السلام الزوج عن أن يبغض زوجته بمجرد أن يكره خلقا من أخلاقها، فانها لاتخلو مع هذا عن صفة من الصفات التى يرضى عنها زوجها. فقال عليه السلام: ﴿لايفرك مؤمن مؤمنة، ان كره منها خلقا رضى منها آخر﴾.

كما نهى الأزواج – اذا اضطروا إلى تأديب زوجاتهم – أن يضربوا وجوهن، أو أن يسمعوهن ما يكرهن من الكلام القبيح فقال: «ولا تضرب الوجه، ولا تقبح، ولا تهجر الا فى البيت»[(٤)].

٢٠ - العدل بين الزوجات :

أوضحنا سلفا أن تعدد الزوجات مقيد بالقدرة على العدل بين الزوجات فقد قال تعالى: ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث

---

(١) سورة الروم الآية ٢١.

(٢) سورة النساء الآية ١٩

(٣) سورة البقرة الآية ٢٢٨.

(٤) الدكتور محمد رأفت عثمان – ص ١٨.

وربـاع فان خفتم ألا تعـدلوا فواحـدة، أو ما ملكت أيمـانكم، ذلك أدنى ألا تعولوا﴾[١].

وقل الرسول عليه السلام: ﴿من كانت له امرأتان فمال إلى احداهما جاء يوم القيامة وشقه مـائل﴾[٢].

فاذا كان الرجل غير قادر على العدل بين زوجاته، فانه يحرم عليه الزواج بأكثر من واحدة.

والعـدل المطلوب بين الزوجات يكون فى المسائل التى تكون فى مقـدور الانسان، كالنفقة والمبيت، أما المسائل التى لا يملكها الانسان ولا سيطرة له عليها كالمحبة والمودة والجمـاع فـلا يتطـلب فيها العـدل، وإن كان من المستحب التسوية بينهن فى أوجه الاستمتاع من الوطء والقبلة وكان الرسـول عليه السـلام يقـول: ﴿اللهم هذا قسمى فيما أملك فلا تلمـنى فيما تمـلك ولا أملك﴾، وقـد بين الله سبحانه وتعـالى أن العدل فى الأمور التى لا يملكـها الانسـان غير ممكن ولـو حرص عليه أشد الحرص، ولكنه دعا إلى عدم الميل المحظـور بحيث تكون الزوجة كأنها معلقة لا هى مطلقة ولا هى ذات بعل فقـد قـال تعالى: ﴿ولن تستطيعوا أن تعـدلوا بين النسـاء ولو حرصتم، فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة، وان تصلحوا وتتقوا فان الله كان غفورا رحيما﴾.

وعلى ذلك يجب على الزوج أن يسوى بين زوجاته فى النفـقة بأنواعها والمبـيت، لا فـرق فى ذلك بين البكر والثيب، الجديدة والقـديمة، الشـابة والعجوز، المسلمة والكتابية، المجنونة التى لا يخاف منها والمريضة والصحيحة، والرتقـاء والحائض والنفساء والصـغيـرة التى يمكـن وطؤها، وذلك للمسـاواة بينهن فى سبب هذا الحق، وهو الحل الثابت بالنكاح.

---

(١) أى أقـرب ألا تجـوروا.

(٢) أى مفـلوج.

والتسوية واجبة على العنين والمجبوب والمريض والصبى الذى دخل بامرأته.

وهى تكون فى البيتوتة أى فى قضاء الليل دون الجماع - كما ذكرنا - لأنه يبنى على النشاط.

والزوج هو الذى ينظم طريقة التناوب فى المبيت لدى زوجاته بشرط ألا يزيد دور التناوب عن مدة الايلاء وهى أربعة أشهر[١].

ولا تلزم التسوية فى مدة المكث لديهن نهارا ما لم يكن عمل الزوج ليلا فيكون القسم بينهن نهارا.

ولا ينبغى له أن يقيم عند احداهن أكثر من الدور الذى قدره الا باذن الأخرى، ولا يدخل عليها الا لعيادتها ان كانت مريضة، فان اشتد بها المرض فلا بأس باقامته عندها حتى يحصل لها الشفاء.

وان رضيت احدى الزوجات بترك قسمها لغيرها جاز ولها أن ترجع فى ذلك لأنها أسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط.

واذا مرض الزوج فى بيت له خال عن أزواجه، فله أن يدعو كل واحدة منهن فى نوبتها ولو مرض فى بيت احدى زوجتيه ولم يقدر على التحول إلى بيت الأخرى فله أن يقيم به حتى يشفى بشرط أن يقيم عند الأخرى بعد الصحة بقدر ما أقام مريضا عند ضرتها[٢].

---

(١) شرح فتح القدير - جـ٣ ص ٤٣٤.

(٢) مادة ١٥٨ من كتاب الأحكام الشرعية.

وقد جاء بالمادة ١٥٩ أنه: «اذا أقام الزوج قبل تعيين مقدار الدور وترتيبه عند احدى زوجتيه مدة كشهر فى غير السفر فخاصمته الأخرى يأمره الحاكم بالعدل بينهما فى المستقبل وينهاه عن الجور فان عاد إليه بعد ذلك يعزر ويوجع عقوبة بغير الحبس».

والقسم يكون فى الاقامة لا فى السفر، فللزوج أن يسافر بمن يشاء من زوجاته، ولا حق لباقى الزوجات فى عوض عن مدة السفر، ولا يقدح فى ذلك أن النبى عليه السلام كان اذا سافر اقترع بن نسائه لأن ذلك كان من قبيل الاستحباب فضلا عن أن القسم لم يكن واجبا على النبى عليه السلام.

٢١- هل يجوز رفع دعوى الطاعة بعد العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥؟

كان المعمول به منذ العمل بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ (المقضى بعدم دستوريته) ومن بعده القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية أنه إذا امتنعت الزوجة عن طاعة زوجها، سواء كانت ببيت أهلها وأوفاها عاجل صداقها وامتنعت عن الدخول فى طاعته بمسكن الطاعة الذى أعده لها، أو كانت قد انتقلت إلى مسكن الطاعة ولكنها خرجت منه دون وجه حق أن يرفع الزوج دعوى طاعة يطلب فيها الزام زوجته بالدخول فى طاعته بمسكن الطاعة الذى أعده لها، والذى يوضحه بصحيفة الدعوى.

فلما صدر القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ نص فى المادة (٦ مكرراً ثانياً) المضافة إلى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن:

«إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع.

وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة على يد محضر وعليه أن يبين فى هذا الإعلان المسكن.

وللزوجة الاعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائية... الخ».

ولما قضى بعدم دستورية هذا القرار بقانون، وصدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية، نص فى المادة (١١

مكررا ثانيا) المضافة إلى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن: «إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع.

وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة باعلان على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها، وعليه أن يبين فى هذا الإعلان المسكن.

وللزوجة الاعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائية... الخ»، ومن ثم فقد أتت الفقرة الثانية من المادتين سالفتى الذكر بطريق جديد لدعوة الزوجة المدخول بها التى خرجت من منزل الزوجية دون وجه حق إلى الدخول فى طاعة زوجها، هو دعوة الزوج إياها للعودة إلى منزل الزوجية باعلان على يد محضر اشترط النص الأخير أن يكون لشخصها أو من ينوب عنها. ويفصح صريح النصين عن أن هذا الطريق قاصر على الزوجة المدخول بها التى خرجت من منزل الزوجية دون حق، دون الزوجة التى لم تزف إلى زوجها وقد أوفاها عاجل صداقها وامتنعت عن الانتقال إلى منزل الزوجية دون حق فقد استعمل عبارة «... إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة» ، ذلك أن العودة لا تتأتى الا بعد الذهاب، وهذا يعنى أن الزوجة انتقلت إلى منزل الزوجية ثم خرجت منه بعد ذلك إلى منزل أهلها أو إلى مسكن آخر، والزوج يدعوها إلى العودة إليه.

وعلى ذلك فان وسيلة الزوج لإلزام الزوجة غير المدخول بها والتى أوفاها عاجل صداقها إلى منزل الزوجية هى دعوى الطاعة بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى.

غير أن محكمة النقض خالفت هذا النظر وذهبت إلى أن طريق دعوة الزوجة إلى العودة إلى منزل الزوجية بإعلان على يد محضر المنصوص عليه

بالمـادة ١١ مكرراً ثانياً سالفة الذكر يسرى على الزوجة غير المدخول بها والزوجة المدخول بها على حد سواء.

إذا قضت بتاريخ ١٩٩٣/٢/١٦ فى الطعن رقم ٢٠١ لسنة ٥٩ق «أحوال شخصية» بأن:

١-«النص فى المـادة ١١ مكررا ثانيـا من المرسـوم بقـانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أنه «إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة بإعلان على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها وعليه أن يبين فى هذا الإعلان المسكن. وللزوجة الاعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائية خلال ثلاثين يوما من تاريخ هذا الإعلان وعليها أن تبين فى صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التى تستند إليها فى امتناعها عن طاعته وإلا حكم بعدم قبول اعتراضها. ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض إذا لم تتقدم به فى الميعاد...» يدل على أن الحكم الذى أورده هذا النص فى خصوص ما يتبع فى دعوة الزوج زوجته للدخول فى طاعته واعتراضها على ذلك أمام المحكمة الابتدائية إنما هو من قواعد الاختصاص ومسائل الإجراءات ويسرى على جميع منازعات الطاعة حال قيام الزوجية دخل بالزوجة أم لا بما لامساغ معه للقول بوجوب قصر نطاق سريان حكم هذا النص على الإعلان لدعوة الزوجة المدخول بها للطاعة دون غيرها ذلك أنه لمـا كان النص عاما وصريحا فى دلالته على مراد الشارع منه فلا محل لتقييده أو تأويله فضلا عن أنه لا تلازم شرعا بين ما يولده عقد النكاح الصحيح من حق الزوج على زوجته فى الطاعة عند عدم قيام المـانع وبين الدخول فى الزوجية الصحيحة استيفاء لحق مقصود بالنكاح ولا يؤثر فى صحته عدم حصوله فى منزل الزوجية، ثم أن المقرر فى الفقه الحنفى أن خروج الزوجة من بيت زوجها دون إذن منه وامتناعها عن تسليم نفسها إليه بعد طلبها وعدم انتقالها إلى بيت الزوجية دون

مبرر شرعي سواء أكانت قد جاءت إليه من قبل أو لم تجيء إليه بداءة عد ذلك منها نشوزا مسقطا لنفقتها وهو ذات الحكم الذى أورده نص الفقرة الأولى من المادة ١١ مكررا ثانيا المشار إليها، هذا وإذ اختص المشرع الزوجة المدخول بها بالمتعة دون غيرها فقد نص على ذلك صراحة على ما أورده نص المادة ١٨ مكررا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥».

(ذات المبدأ طعن رقم ٨٣ لسنة ٦٠ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٣/٥/٢٥).

٢- « دعوة الزوج زوجته للعودة لمنزل الزوجية واعتراضها على ذلك أمام المحكمة الابتدائية. من قواعد الاختصاص ومسائل الإجراءات. خضوعها للمادة ١١ مكررا ثانيا من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ دون لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . سريان حكمها على جميع منازعات الطاعة حال قيام الزوجية سواء كانت الزوجة مدخولا بها أم لا . علة ذلك . مخالفة ذلك. خطأ».

(طعن رقم ٣١٨ لسنة ٦٣ق -أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٨/١/٥)

والطريق الذى جاء به النص الجديد لدعوة الزوجة المدخول بها التى خرجت من منزل الزوجية إلى الدخول فى طاعة الزوج - طبقا لرأينا - ودعوة الزوجة المدخول بها وغير المدخول بها للدخول فى طاعة الزوج طبقاً لقضاء محكمة النقض - لا يحول دون استعمال الزوج الطريق العادى برفع دعوى طاعة لالزام زوجته بالدخول فى طاعته، فللزوج الخيار فى سلوك أى الطريقين(١).

---

(١) ويؤيدنا فيما ذهبنا إليه من أن دعوى الطاعة لاتزال قائمة المستشار أحمد نصر الجندى فى مؤلفه الأحوال الشخصية ص ٢٤٤ - وعكس ذلك عبد الناصر العطار ص ٧٣ - كمال البنا فى مرافعات الأحوال الشخصية ص ٢٠٤ اذ يريان أن انذار الطاعة جاء بديلا لدعوى الطاعة.

والالتجاء إلى دعوى الطاعة يتميز بأنه يؤدى إلى حصول الزوج على حكم بدخول زوجته فى طاعته، ولا يعرضه إلى ماقد ينتهى إليه الطريق الجديد من تطليق الزوجة، وان كان الطريق الجديد يرفع عنه عبء اثبات توافر شروط الطاعة، ويلقى على الزوجة عبء اثبات عدم توافر هذه الشروط فى اعتراضها على انذار الطاعة كما سنرى.

٢٢ - صحيفة دعوى الطاعة :

ذكرنا أن دعوى الطاعة ترفع بالاجراءات المعتادة لرفع الدعاوى، أى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة عملا بالمادة ٦٣ مرافعات.

ويجب أن تتضمن الصحيفة البيانات المنصوص عليها فى المادة المذكورة ومن بين هذه البيانات وقائع الدعوى وطلبات المدعى وأسانيدها (م٦/٦٣).

وبيان وقائع الدعوى يقتضى أن يذكر المدعى بالصحيفة أنه تزوج بالمدعى عليها بصحيح العقد الشرعى المؤرخ كذا، ولا زالت فى عصمته، وقد أوفاها عاجل صداقها، وأعد لها مسكنا شرعيا ويذكر عنوان هذا المسكن وأسماء جيرانه من الجهات الأربع (الشمالية أى البحرية والجنوبية أى القبلية والشرقية والغربية)، به الأدوات والمنقولات اللازمة للمعيشة اللائقة بحاله، بين جيران مسلمين صالحين، تأمن فيه على نفسها ومالها ان كان لها مال، وقد دعاها إلى طاعته فى المسكن المذكور فامتنعت دون وجه حق.

ويجب توقيع الصحيفة من محام عملا بالمادة ٣/٥٨ من القانون رقم

١٧ لسنة ١٩٨٣ (المعدل) بشأن اصدار قانون المحاماة لأن دعوى الطاعة ترفع - كما سنرى فى البند التالى- أمام المحكمة الابتدائية وقد نصت الفقرة المذكورة على أنه : « وكذلك لايجوز تقديم صحف الدعاوى وطلبات أؤامر الأداء للمحاكم الابتدائية والإدارية إلا إذاكانت موقعة من أحد المحامين المقررين أمامها على الأقل».

ويترتب على عدم توقيع صحيفة الدعوى من محام بطلان الصحيفة (م٥/٥٨) ، وهذا البطلان مما يتعلق بالنظام العام وتتصدى له المحكمة من تلقاء نفسها[1] .

٢٣ - المحكمة المختصة بنظر دعوى الطاعة :

ينعقد الاختصاص نوعيا بنظر دعوى الطاعة للمحكمة الابتدائية إذ نصت الفقرة الأولى من المادة العاشرة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية على أن : «تختص المحكمة الابتدائية بنظر دعاوى الأحوال الشخصية التى لاتدخل فى اختصاص المحكمة الجزئية ودعاوى الوقف وشروطه والاستحقاق فيه والتصرفات الواردة عليه» ، إذ لم يرد النص على دعاوى الطاعة فى المادة التاسعة من القانون ، ضمن الدعاوى التى تختص المحكمة الجزئية نوعيا بنظرها.

وينعقد الاختصاص المحلى بنظر الدعوى للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليها، فإن لم يكن لها موطن فى مصر تختص المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى (م٢/١٥) .

---

(١) نقض طعن ٤٠١ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٩/٤/٨ - ٣٨٧ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٧٠/٤/١٦ - ٤٢٧ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٣/٢/٣٠.

ويكون الحكم الصادر في الدعوى قابلا للطعن فيه أمام محكمة الاستئناف. وفي ظل المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ (الملغى) كان ينعقد الاختصاص النوعي بنظر دعوى طاعة للمحكمة الجزئية باعتبارها من المواد المتعلقة بالزوجية التي لم يرد النص عليها بالمادة الخامسة من المرسوم بقانون (م٦/ ١٠) .

وكان الاختصاص المحلي للمحكمة التي في دائرتها محل إقامة الزوجة فإن لم يكن لها محل إقامة كالرحل رفعت الدعوى أمام المحكمة التي في دائرتها محل إقامة الزوج (م ٢١) .

ويكون الحكم الصادر في الدعوى قابلا للطعن فيه بالاستئناف (مادتان ٦ ، ٣٠٤)

ويرفع الاستئناف إلى المحكمة الابتدائية (م ١٠/ ١) .

وقد قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٩٦/٧/٨ في الطعن رقم ٢٧٤ لسنة ٦٢ق- أحوال شخصية- بأن :

«لما كانت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية هي المرجع في قواعد الاختصاص النوعي بمسائل الأحوال الشخصية طبقا لنص المادة ٨ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية وكان النص في المادة ٦/ ١٠ من اللائحة على اختصاص المحاكم الجزئية في «... والمواد المتعلقة بالزوجية غير ما سبق» إنما يقصد به المواد التي تكون الزوجية فيها هي سبب الحق المدعى به، وكان سبب حق الزوج في دخول زوجته في طاعته قيام الزوجية بينهما لمايترتب عليها من حقه في احتباسها تحقيقا لمقاصد الزواج

فإن الاختصاص بنظر دعوى النشوز ينعقد للمحاكم الجزئية دون غيرها باعتبار أن ذلك من المواد المتعلقة بالزوجية».

٢٤- إجراءات تتبع عند نظر الدعوى :

١- تنص الفقرة الثانية من المادة ٤ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ على أن: « ولها (أى المحكمة) أن تندب أخصائيا أو أكثر لتقديم تقرير عن الحالة المعروضة عليها أو عن مسألة فيها، وتحدد أجلا لتقديم التقرير لايزيد على أسبوعين.

ويتم الندب من قوائم الأخصائيين الاجتماعيين التى يصدر بها قرار من وزير العدل بناء على ترشيح وزير التأمينات الاجتماعية».

وندب الأخصائى الاجتماعى جوازى للمحكمة ويخضع لتقديرها ، كما يختلف حسب طبيعة الدعوى المنظورة أمام المحكمة.

وقد تغيا المشرع من ذلك أن تتمكن المحكمة من خلال التقرير الذى يقدمه الأخصائى الاجتماعى من الوقوف على أساس وطبيعة الخلاف وحالة أطراف الخصومة فيكون حكمها نابعا من الواقع الفعلى، لاما يصوره الخصوم لها. ومن ثم يجئ حكمها عنوانا للحقيقة الواقعية والقانونية.

وبتاريخ ٢٠٠٠/٣/٦ صدر قرار وزير العدل رقم (١٠٨٩) لسنة ٢٠٠٠ بقواعد وإجراءات أعمال الأخصائيين الاجتماعيين الملحقين بالمحاكم الابتدائية (القرار منشور بملحق التشريعات بنهاية الكتاب).

٢- تنص المادة ١٨ من القانون رقم(١) لسنة٢٠٠٠ على أن : « تلتزم المحكمة فى دعاوى الولاية على النفس بعرض الصلح على الخصوم، ويعد من تخلف عن حضور جلسة الصلح- مع علمه بها- بغير عذر مقبول رافضا له.

وفى دعاوى الطلاق والتطليق ..... الخ» .

ومفاد ذلك أن عرض المحكمة الصلح على الطرفين فى دعوى الطاعة - وهى من دعاوى الولاية على النفس- وجوبى.

ويكفى حسب صريح النص- مجرد عرض الصلح على الطرفين دون أن تقوم المحكمة بدور إيجابى فى هذا الصلح.

ولم يحدد النص مرحلة معينة يعرض فيها الصلح، فيجوز عرضه فى أية مرحلة من مراحل الدعوى، وإن كان من الأفضل عرضه فى بداية نظر الدعوى سعيا لإنهاء النزاع فى مهده.

وإذا تخلف أحد الطرفين عن حضور الجلسة المحددة للصلح مع علمه بها بغير عذر مقبول فإنه يعد رافضا له. ويكفى لعلم الخصم بجلسة الصلح إذا لم تحدد فى حضوره أو حضور وكيله، إعلانه بها طبقا للقواعد العامة المقررة فى قانون المرافعات.

ومما يجدر التنويه إليه أن التزام المحكمة بعرض الصلح على الخصوم وإن كان عاما يسرى على كافة الدعاوى إلا أن يجب على المحكمة ألا توثق الصلح إذا كان ينطوى على حكم يخالف النظام العام ، أو حقوق الصغير التى لايجوز للأم أو الحاضنة أو الأب التصالح عليها.

(أنظر فى الأحكام التفصيلية للصلح والجزاء المترتب على عدم عرض المحكمة له بنود ٣٩ وما بعده)

٢٥ - تنفيذ أحكام الطاعة :

كانت أحكام الطاعة تنفذ قهرا ولو أدى ذلك إلى استعمال القوة الجبرية، فهذا التنفيذ كان يتم عن طريق جهة الادارة أى الشرطة، ويستند ذلك إلى المادة ٣٤٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (الملغاة) التى تقضى بأن: «تنفيذ الحكم بالطاعة وحفظ الولد عند محرمه والتفريق بين الزوجين ونحو

ذلك مما يتعلق بالأحوال الشخصية يكون قهرا ولو أدى إلى استعمال القوة ودخول المنازل ويتبع رجال التنفيذ فى هذه الحالة التعليمات التى تعطى من القاضى الجزئى أو رئيس المحكمة الشرعية الكائن بدائرتها المحل الذى يحصل فيه التنفيذ» ، كما يستند إلى المادة ٣٤٦ التى تجرى على أن: «يعاد تنفيذ الحكم بطاعة الزوجة ما دامت زوجة وكذا الحكم بتسليم الولد».

وليس لتنفيذ أحكام الطاعة بالقوة الجبرية سند فى أحكام الشريعة الغراء، وانما دخل القضاء الشرعى من أيام حكم المماليك، ولم يكن المقصود من ذلك الا اذلال المرأة.

وقد عمت الشكوى من جراء تنفيذ أحكام الطاعة بالقوة الجبرية لما ينطوى عليه من امتهان واذلال للمرأة، فضلا عن أن اقامة المرأة بمسكن الزوجية كرها عنها، يؤدى إلى الشجار والتناحر بين الزوجين، الأمر الذى ينعكس أثره على أولادهما وهو ما يضر بالاسرة وهى الخلية الأولى فى المجتمع.

وقد حدا ذلك وزارة العدل إلى اصدار المنشور المؤرخ فى ١٣ فبراير سنة ١٩٦٧ الذى جاء به: «عمت الشكوى مما جرى عليه العمل من تنفيذ الأحكام الصادرة بطاعة الزوجة قهرا عنها ودون أن يراعى فى كيفية اجراء هذا التنفيذ تلقى التعليمات بشأنه من رئيس المحكمة أو القاضى المختص على ما توجبه المادة رقم ٣٤٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المعمول بها بمقتضى القانون رقم ٤٦٢ سنة ١٩٥٥ . ولما كان تنفيذ أحكام الطاعة على الوجه المتقدم لايقوم على سند من الشريعة الغراء كما لا تقره الشرائع السماوية الأخرى، بالاضافة إلى ما ينطوى عليه من امتهان لكرامة المرأة وقيام

الأسرة على أساس من التصدع والكراهية ينعكس أثره ولا شك على الأولاد جيل المستقبل فضلا عما دلت عليه التجربة من عدم جدوى التنفيذ بذلك الطريق فى رد الزوجة عن نشوزها.

ويغنى عن اتباع هذا الطريق اعلان الزوجة بما يترتب على عدم تنفيذ حكم الطاعة من آثار شرعية.

وازاء ذلك ونظرا لتوزع التنفيذ بين جهات الشرطة والمحضرين وحرصا على المصلحة العامة – نرجو التأشير من رئيس المحكمة أو القاضى المختص بحسب الأحوال على جميع الأحكام الصادرة بطاعة الزوجة قبل تسليمها إلى ذوى الشأن بأن يكون تنفيذها بطريق اعلان الزوجة بأن عدم امتثالها لتنفيذ الحكم مسقط لحقها فى النفقة.

وقد أخطرت وزارة الداخلية بعدم قبول الأحكام المذكورة للتنفيذ بواسطة رجال الشرطة» .

ومقتضى هذا المنشور الغاء تنفيذ حكم الطاعة بالقوة الجبرية عن طريق الشرطة، وتنفيذه بالطريق الوارد بالمنشور، وقد جرت المحاكم حتى الآن على تطبيق المنشور المذكور.

وقد ذهبنا فى الطبعات السابقة من الكتاب إلى أن المنشور المذكور جاء مخالفا للقانون، وكان يتعين على المحاكم الامتناع عن تطبيقه، لأن تنفيذ حكم الطاعة بالقوة الجبرية يستند إلى نص فى القانون، وهو المادة ٣٤٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١، ولا يجوز الغاء نص فى القانون الا بأداة تشريعية مماثلة أو أعلى منه.

وبإلغاء لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ زال السند القانونى لتنفيذ أحكام الطاعة بالقوة الجبرية، إذ لم يرد بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ نص مماثل للمادة ٣٤٥ من اللائحة الملغاة بالنسبة لتنفيذ أحكام الطاعة.

٢٦ - متى تسقط نفقة الزوجية للنشـوز ؟

رأينا سلفا أن المقرر شرعا أن الزوجة اذا امتنعت عن طاعة زوجها دون وجه حق، فانها تعد ناشزا ويسقط حقها فى النفقة فى مدة النشوز.

غير أن الفقه والقضاء جرى على أن الزوجة لاتعد ناشزا ولا يسقط حقها فى النفقة بمجرد امتناعها عن طاعة زوجها دون وجه حق، وانما يجب صدور حكم من المحكمة الجزئية[1] باعتبارها ناشزا، وأن يصبح هذا الحكم نهائيا.

ولكى يصدر الحكم باعتبار الزوجة ناشزا يجب توافر الشروط الآتية:

١ - أن يكون الزوج قد حصل على حكم نهائى بدخول الزوجة فى طاعته.

٢ - أن يؤشر على الحكم من رئيس المحكمة أو القاضى المختص بحسب الأحوال بأن عدم امتثال الزوجة لتنفيذ الحكم مسقط لحقها فى النفقة.

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن :

« لما كانت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية هى المرجع فى قواعد الاختصاص النوعى بمسائل الأحوال الشخصية طبقا لنص الم ادة ٨ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية وكان النص فى المادة ١٠/٦ من اللائحة على اختصاص المحاكم الجزئية فى «..... والمواد المتعلقة بالزوجية غير مما سبق » إنما يقصد به المواد التى تكون الزوجية فيها هى سبب الحق المدعى به، وكان سبب حق الزوج فى دخول زوجته فى طاعة قيام الزوجية بينهما لما يترتب عليها منحقه فى احتباسها تحقيقا لمقاصد الزواج فإن الاختصاص بنظر دعوى النشوز بنعقد للمحاكم الجزئية دون غيرها باعتبار أن ذلك من المواد المتعلقة بالزوجية ».

(طعن رقم ٢٧٤ لسنة ٦٢ق أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٦/٧/٨)

٣ - أن يحاول الزوج تنفيذ حكم الطاعة، وذلك باعلان الزوجة بالصورة التنفيذية للحكم بالطريق القانوني.

٤ - أن تمتنع الزوجة عن الدخول فى طاعة الزوج تنفيذا للحكم المذكور دون وجه حق.

والحكم الصادر باعتبار الزوجة ناشزا، قابل للطعن فيه أمام المحكمة الابتدائية.

ولما صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية نص - كما رأينا - في المادة (١١ مكررا ثانيا) على أنه: «اذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع.

وتعتبر ممتنعة دون حق اذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج اياها للعودة باعلان على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها، وعليه أن يبين فى هذا الاعلان المسكن.

وللزوجة الاعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائية خلال ثلاثين يوما من تاريخ الاعلان، وعليها أن تبين فى صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التي تستند اليها فى امتناعها عن طاعته والا حكم بعدم قبول اعتراضها.

ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض اذا لم تتقدم به في الميعاد.

وعلى المحكمة ... الخ »[1].

(١) وقد ورد هذا الحكم فى المادة (٦ مكررا ثانيا) من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المقضى بعدم دستوريته.

(انظر نص المادة ٦ مكررا ثانيا المضافة بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ فى بند ٢٩).

والفقرة الأولى من المادة ليست سوى تقنين للمذهب الحنفى الذى كان معمولا به من قبل فى سقوط نفقة الزوجة من تاريخ نشوزها، سواء كان مدخولا بها أو غير مدخول بها.

غير أن النص معيب فى صياغته لأنه عبر عن سقوط النفقة «بوقف النفقة»، والناشز لا توقف نفقتها بحيث تستحقها مثلا بعد ذلك، وانما تسقط نفقتها، فلا تستحقها فى الحال ولا فى المآل عن فترة نشوزها[1].

أما الفقرة الثانية فقد حددت تاريخا معينا لاعتبار الزوجة ممتنعة عن طاعة زوجها أى نشوزها، اذ اشاء الزوج سلوك سبيل انذار الطاعة المنصوص عليه فى الفقرة المذكورة، لكنها لم تعرض للحالة التى يلجأ فيها الزوج إلى دعوى الطاعة.

وفى رأينا أن ذلك يفسر بأن الشارع ترك الحالة الأخيرة لما كان العمل جاريا عليه من قبل باعتباره عرفا قضائيا، ومقتضى ذلك أن النشوز لايثبت الا باستصدار حكم نهائى من المحكمة الجزئية باعتبار الزوجة ناشزا بالتفصيل السابق.

٢٧ - الحكم الصادر برفض دعوى النفقة للنشوز لايمنع من جواز نظر دعوى التطليق للضرر:

دعوى النفقة التى ترفعها الزوجة تختلف فى موضوعها وسببها عن دعوى التطليق للضرر ذلك أن موضوع دعوى النفقة الزام الزوج بالنفقة وسببها احتباس الزوجة لزوجها وقصرها عليه لحقه ومنفعته بحيث لايحق لها أن تنشز عن طاعته الا بحق، بينما موضوع دعوى التطليق للضرر، انهاء علاقة

---

(١) عبد الناصر العطار - ص ٧٩.

الزوجـية القائمــة بين الزوجـين، وسـببها ادعاء الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما، ومن ثم فان القضاء برفض دعوى النفقـة تأسـيسا على نشوز الزوجة لايحوز حجية فى دعوى التطليق للضرر، وبالتالى لا يمنع من نظر دعوى التطليق.

غير أن ذلك لا يحـول دون المحكمـة – وهى بصـدد بحث الضـرر فى دعوى التطيق – أن تسـتعين بما يتبين لهـا من وقائع متصلة به فى دعوى النفقـة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١ – «المقـرر فى قـضـاء هذه المحكمـة أن دعـوى النفـقـة تخـتلف فى موضوعها وسببها عن دعوى التطليق للضرر لاختلاف المناط فى كل منهما فبينما تقوم الأولى على سند من احتباس الزوجة وقصرها عليه لحقه ومنفعته بحيث لا يحق لها أن تنشز عن طاعته الا بحق، اذ بالثانية تؤسس على ادعاء الاساءة واستحكام النفـور والفـرقة بين الزوجين والنشوز ليس بمانع بفـرض حصوله من نظر دعوى التطليق والفصل فيها».

(طعن رقم ٥٠ لسنة ٥٥ق «أحـوال شـخـصـيـة» – جلسـة ١٩٨٦/١٢/١٦).

٢ – «الحكم برفض دعوى النفقة للنشوز لا يمنع من نظر دعوى التطليق والفصل فيها ولا يكون بذاته حاسماً فى نفى ما تدعيه الزوجة من مضارة موجبة للتفريق».

(طعن رقم ٩٩ لسنة ٥٥ق «أحـوال شـخـصـيـة» – جلسـة ١٩٨٨/٣/٢٢).

٢٨- الحكم الصادر فى دعوى الطاعة لا يمنع من جواز نظر دعوى التطليق للضرر:

دعوى الطاعة تختلف فى موضوعها وسببها عن دعوى التطليق للضرر.

فموضوع دعوى الطاعة الزام الزوجة بالدخول فى طاعة زوجها، وسببها اخلال الزوجة بواجب الاقامة المشتركة والقرار فى منزل الزوجية.

بينما موضوع دعوى التطليق للضرر، انهاء علاقة الزوجية القائمة بين الزوجين، وسببها ادعاء الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها.

ومن ثم فان الحكم بدخول الزوجة ونشوزها، لا يحوز حجية فى دعوى التطليق للضرر التى ترفعها الزوجة، وبالتالى لا يمنع من نظر دعوى التطليق. غير أن ذلك لا يحول دون المحكمة - وهى بصدد بحث الضرر فى دعوى التطليق - أن تستعين بما يتبين لها من وقائع متصلة به فى دعوى الطاعة.

وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة النقض. فقد ذهبت المحكمة إلى أن:

١ - «لئن كان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن دعوى الطاعة تختلف فى موضوعها وسببها عن دعوى التطليق للضرر بحيث لا يمنع الحكم الصادر فى دعوى الطاعة من جواز نظر دعوى التطليق لاختلاف المناط فى كل منهما، الا أنه لا تثريب على محكمة الموضوع وهى بصدد بحث الضرر فى دعوى التطليق أن تستعين بما تبين لها من وقائع متصلة به فى دعوى الطاعة. واذ كان أساس الدعوى الماثلة هو طلب تطليق المطعون عليها للضرر واستحكام النفور بسبب هجرها اياه، وكان الحكم المطعون فيه وهو بسبيل تقصى

دواعي الهجر قد استدل بما ثبت في دعوى الطاعة من أن مرده الى اخلال الطاعن بواجبه وتقاعسه عن اعداد المسكن الشرعي، وكان ذلك من مسائل الواقع التي يستقل قاضي الموضوع ببحث دلائلها والموازنة بينها وترجيح ما يطمئن اليه منها واستخلاص ما يقتنع به ما دام يقيم حكمه على أسباب سائغة من شأنها أن تؤدي الى النتيجة التي ينتهي اليها».

(طعن رقم ١٠ لسنة ٤٣ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٧٥/١١/٥).

٢- «لما كان ما سلف وكان المقرر أن دعوى التطليق للضرر تختلف في موضوعها وسببها عن دعوى الطاعة، ولايمنع اقامتها من نظر دعوى التطليق...الخ».

(طعن رقم ١٩ لسنة ٤٨ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٧٩/٢/٢١).

٣- «دعوى الطاعة تختلف في موضوعها وسببها عن دعوى التطليق للضرر اذ تقوم الأولى على اخلال الزوجة بواجب الاقامة المشتركة والقرار في منزل الزوجية بينما تقوم الثانية على ادعاء الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما، وأن النشوز ليس بمانع بفرض حصوله من نظر دعوى التطليق والفصل فيها لاختلاف المناط في كل».

(طعن رقم ٦٣ لسنة ٥٤ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٨٤/٥/٨).

٤- «المقرر في قضاء هذه المحكمة أن دعوى الطاعة تختلف في موضوعها وسببها عن دعوى التطليق للضرر اذ تقوم الأولى على الهجر واخلال الزوجة بواجب الاقامة المشتركة والقرار في منزل الزوجية بينما تقوم الثانية على ادعاء

الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما ومن ثم فان الحكم بدخول الزوجة فى طاعة زوجها ونشوزها لا يكون بذاته حاسما فى نفى ما تدعيه من مضارة فى دعوى التطليق تبعا لتغير الموضوع فى الدعويين مما لا يمنع محكمة الموضوع وهى بصدد بحث دواعى الضرر في دعوى التطليق أن تستعين بما يتبين لها من وقائع متصلة به فى دعوى الطاعة».

(طعن رقم ١٤ لسنة ٥٢ق «احوال شخصية» جلسة ١٩٨٤/٥/١٥).

٥- «دعوى الطاعة- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تختلف فى موضوعها وسببها عن دعوى التطليق للضرر، اذ بينما تقوم الأولى على الهجر واخلال الزوجة بواجب الاقامة المشتركة والقرار فى منزل الزوجية تقوم الثانية على ادعاء الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة، وأن النشوز ليس بمانع بفرض حصوله من نظر دعوى التطليق والفصل فيها».

(طعن رقم ٨٧ لسنة ٥٥ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٩٨٦/١٢/١٦).

٦- «دعوى الطاعة. اختلافها موضوعا وسببا عن دعوى التطليق للضرر. الحكم فى الأولى لا يمنع من نظر الثانية. علة ذلك».

(طعن رقم ٢٩ لسنة ٥٩ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩١/٦/١١).

٧- «دعوى الطاعة. اختلافها موضوعا وسببا عن دعوى التطليق للضرر.

مؤداه. لا على المحكمة أن تنظر كل منهما مستقلة عن الأخرى» .

(طعن رقم ٦٣ لسنة ٥٩ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩١/٧/٣٠).

٨- «دعوى الطاعة اختلافها موضوعا وسببا عن دعوى التطليق للضرر. النشوز بفرض حصوله. لايمنع من نظر دعوى التطليق والفصل فيه. علة ذلك» .

(طعن رقم ١٦٣ لسنة ٥٩ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٢/٥/١٩ - لم ينشر).

٩- «دعوى الطاعة اختلافها موضوعا وسببا عن دعوى التطليق للضرر. ضم الدعويين تسهيلا للإجراءات لا يترتب عليه إدماج إحداهما فى الأخرى. مؤدى ذلك. التنازل عن طلب التطليق المطروح فى دعوى الاعتراض على الإنذار بالدخول فى الطاعة لا يحول دون نظر الدعوى المرفوعة على استقلال بطلب التطليق» .

(طعن رقم ٨ لسنة ٦٠ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٢/١٢/١٥ - لم ينشر).

١٠ - «دعوى الطاعة. اختلافها موضوعا وسببا عن دعوى التطليق للضرر. النشوز - بفرض حصوله - لا يمنع من نظر دعوى التطليق والفصل فيها. علة ذلك» .

(طعن رقم ١٧٦ لسنة ٦٠ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٤/٥/٣١-

١١- « حق الزوجة فى أن تطلب التطليق من خلال دعواها بالاعتراض على دعوة زوجها لها بالعودة لمنزل الزوجية وذلك عملا بنص المادة ١١ مكررا (ثانياً) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، ولئن كان يترتب على تنازل الزوج عن إنذاره لها للدخول فى طاعته وأن هذا الإنذار يكون غير قائم لأنه لم يعد يتمسك بما ورد فيه، وينبنى على ذلك زوال خصومة دعوى الاعتراض عليه، إلا أنه طالما كانت الزوجة المعترضة على هذا الإنذار قد طلبت التطليق للضرر فإن هذا الطلب يظل مطروحا على المحكمة ويتعين عليها الفصل فيه لاستقلاله عن طلبها المتعلق بالاعتراض على إنذار الطاعة لاختلاف المناط بين الطلبين من حيث الموضوع والسبب إذ يدور الطلب الخاص بالاعتراض على إنذار الطاعة حول مدى التزام الزوجة بواجب القرار فى مسكن الزوجية وما إذا كان لديها مبرر شرعى يدعوها إلى عدم العودة إليه، بينما يقوم الطلب الثانى على ادعاء الزوجة إضرار الزوج بها بما لايستطاع معه دوام العشرة بينهما».

(طعن رقم ١٢ لسنة ٦٣ق - أحوال شخصية- جلسة ١٩٩٦/١٠/٢٨)

١٢-« دعوى الطاعة. اختلافها موضوعا وسببا عن دعوى التطليق للضرر. علة ذلك. النشوز بفرض حصوله. ليس بمانع من نظر دعوى التطليق والفصل فيها. مؤدى ذلك. النعى على الحكم المطعون فيه بأنه لم يعول على دلالة الحكم فى دعوى الطاعة على غير أساس».

(طعن رقم ١٣٥ لسنة ٦٣ ق - أحوال شخصية جلسة ١٩٩٧/٣/١٧)

١٣- « دعوى الطاعة. اختلافها موضوعا وسببا عن دعوى التطليق للفرقة. علة ذلك. الحكم الصادر بعدم الاعتداد بإنذار الطاعة. غير مانع من جواز نظر دعوى التطليق للفرقة واستحكام النفور» .

(طعن رقم ٢٠٨ لسنة ٦٣ ق- أحوال شخصية- جلسة ١٩٩٨/١/٥)

١٤-« دعوى الطاعة . اختلافها عن دعوى التطليق للضرر. علة ذلك. النشوز بفرض حصوله غير مانع من نظر دعوى التطليق والفصل فيها لاختلاف المناط فى كل منهما . قضاء الحكم المطعون فيه برفض دعوى التطليق للهجر لنشوز الزوجة خطأ» .

(طعن رقم ٣٩٣ ق - أحوال شخصية- جلسة ١٩٩٨/١/١٢)

١٥- « السبب فى دعوى التطليق للضرر م٦ م.بق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . اختلافه عن السبب فى دعوى التطليق للزواج بأخرى. م١١ مكررا من ذات القانون. علة ذلك» .

(طعن رقم ١٨٥ لسنة ٦٤ق-أحوال شخصية- جلسة ١٩٩٨/٣/١٦)

١٦- « دعوى التطليق للضرر م٦ م بق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . اختلافها سببا عن طلب الزوجة التطليق أثناء نظر اعتراضها على دعوة زوجها للعودة إلى منزل الزوجية. م١١ مكررا ثانيا من ذات القانون .علة ذلك» .

(طعن رقم ٢٢٩ لسنة ٦٤ ق- أحوال شخصية- جلسة ١٩٩٨/٥/٢٥)

موضـــوع رقـــم (٢)

إنذار الطاعة والاعتراض عليه والفصل فى الاعتراض

٢٩- النصوص القانونية :

- المادة ١١ مكررا ثانيا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ (بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية).

«اذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع.

وتعتبر متنعة دون حق اذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج اياها للعودة باعلان علي يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها، وعليه أن يبين في هذا الاعلان المسكن.

وللزوجة الاعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائية خلال ثلاثين يوما من تاريخ هذا الاعلان، وعليها أن تبين فى صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التى تستند اليها فى امتناعها عن طاعته والا حكم بعدم قبول اعتراضها.

ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض اذا لم تتقدم بـه فى الميعاد.

وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض، أو بناء على طلب أحد الزوجين، التدخل لانهاء النزاع بينهما صلحا باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة، فاذا بان لها أن الخلاف مستحكم وطلبت الزوجة التطليق اتخذت المحكمة اجراءات التحكيم الموضحة فى المواد من ٧ الى ١١ من هذا القانون[١].

---

(١) وكان يقابل هذه المادة فى القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ (المادة ٦ مكررا ثانيا) المضافة الى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ونصها الآتى : =

- المواد من ٧ الي ١١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ (بتعديل بعض احكام قوانين الأحوال الشخصية):

مادة (٧):

يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن والا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الاصلاح بينهما.

مادة (٨):

(أ) يشتمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما على ألا تجاوز مدة ستة أشهر وتخطر المحكمة الحكمين والخصم بذلك. وعليها تحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وبأمانة.

(ب) يجوز للمحكمة أن تعطى للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد على ثلاثة أشهر فان لم يقدما تقريرهما اعتبرتهما غير متفقين.

مادة (٩):

لا يؤثر في سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم اخطاره.

= اذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع.
وتعتبر ممتنعة دون حق اذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج اياها للعودة على يد محضر وعليه أن يبين في هذا الاعتراض المسكن.
وللزوجة الاعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائية في خلال عشرة أيام من تاريخ هذا الاعلان وعليها أن تبين في صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التي تستند اليها في امتناعها عن طاعته والا حكم بعدم قبول اعتراضها.
ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض اذا لم تتقدم به في الميعاد.
وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض أو بناء على طلب أحد الزوجين التدخل لانهاء النزاع بينهما صلحا باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة، فاذا بان لها أن الخلاف مستحكم وطلبت الزوجة التطليق اتخذت اجراءات التحكيم الموضحة في المواد من ٧ الى ١١ من هذا القانون.

وعلى الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما في الاصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة.

مادة (١٠):

اذا عجز الحكمان عن الإصلاح :

١- فان كانت الاساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التطليق بطلقة بائنة دون مساس بشيء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق.

٢- واذا كانت الاساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التطليق نظير بدل مناسب يقدرانه تلزم به الزوجة.

٣- واذا كانت الاساءة مشتركة اقترحا التطليق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الاساءة.

٤- وان جهل الحال فلم يعرف المسيء منهما اقترح الحكمان تطليقا دون بدل.

مادة (١١):

على الحكمين أن يرفعا تقريرها الى المحكمة مشتملا على الأسباب التى بنى عليها، فان لم يتفقا بعثتهما مع ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الاصلاح وحلفته اليمين المبينة فى المادة (٨).

واذا اختلفوا أو لم يقدموا تقريرهم فى الميعاد المحدد سارت المحكمة فى الاثبات، وان عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتطليق بينهما

بطلقة بائنة مع اسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها والزامها بالتعويض المناسب ان كان لذلك كله مقتض[١].

---

(١) النصوص المذكورة سبق استبدالها بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ونصها الآتى :

مادة (٧) :

يشترط فى الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن والا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الاصلاح بينهما.

مادة (٨) :

(أ) يشتمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما على أن لا تجاوز مدة ستة شهور وتخطر المحكمة الحكمين والخصوم بذلك.وعليها تحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة.

(ب) يجوز للمحكمة أن تعطى للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد على ثلاثة شهور فان لم يقدما تقريرهما اعتبرتهما غير متفقين.

مادة (٩) :

لايؤثر فى سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم اخطاره.

وعلى الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما فى الاصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة.

مادة (١٠) :

اذا عجز الحكمان عن الاصلاح:

١- فان كانت الاساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التفريق بطلقة بائنة دون مساس بشىء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق.

٢- اذا كانت الاساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التفريق نظير بدل مناسب يقدرانه تلزم به الزوجة.

٣- واذا كانت الاساءة مشتركة اقترحا التفريق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الاساءة.

٤- وإن جهل الحال فلم يعرف المسىء منهما اقترح الحكمان تفريقا دون بدل.

مادة (١١) :

على الحكمين أن يرفعا تقريرهما الى المحكمة مشتملا على الأسباب التى بنى عليها. فان لم يتفقا بعثتهما مع ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الاصلاح وحلفته اليمين المبينة فى المادة (٨).

واذا اختلفوا أو لم يقدموا التقرير فى الميعاد المحدد سارت المحكمة فى الاثبات وإن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق

=

• •

= قضت المحكمة بالتفريق بينهما بطلقة بائنة مع اسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها والزامها التعويض المناسب ان كان لذلك كله مقتض.

وكانت هذه المواد كما وردت بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ قبل تعديله كالآتى:

مادة (٧):

يشترط فى الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين ان أمكن والا فمن غيرهم ممن له خبرة بحالهما وقدرة على الاصلاح بينهما.

مادة (٨):

على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما فى الاصلاح فان أمكن الاتفاق على طريقة معينة قرراها.

مادة (٩):

اذا عجز الحكمان عن الاصلاح وكانت الاساءة من الزوج أو منهما أو جهل الحال قررا التفريق بطلقة بائنة.

مادة (١٠):

إذا اختلف الحكمان أمرهما القاضى بمعاودة البحث فان استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما.

مادة (١١):

على الحكمين أن يرفعا الى القاضى ما يقرانه وعلى القاضى أن يحكم بمقتضاه.

وبصدد عدم دستورية القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ الذى تضمن المادة (٦ مكررا ثانيا) المقابلة للمادة (١١ مكررا ثانيا) المضافة بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ **قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٨٧/٤/٢٨ في الطعن رقم ١٠٨ لسنة ٥٥ق احوال شخصية بأن:**

«وحيث أن هذا النعى فى محله ذلك أن النص فى المادة ١٨٧ من الدستور على أنه «لا تسرى أحكام القوانين الا على ما يقع فى تاريخ العمل بها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها. ومع ذلك يجوز فى غير المواد الجنائية النص فى القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب، مفاده أنه ولئن كان الأصل فى القانون أنه لا يسرى الا على الوقائع والمراكز القانونية التى تنشأ وتتم فى الفترة من تاريخ العمل به الى حين الغائه الا أنه يجوز للسلطة التشريعية فى غير المواد الجنائية ولا عتبارات من العدالة والمصلحة العامة أن تستقل بتقدير مبرراتها ودوافعها أن تخرج على مبدأ عدم رجعية التشريع وتنص فيه صراحة على سريانه على الماضى. لما كان ذلك وكان النص فى المادة السابعة من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية على أن «ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ويعمل به من تاريخ نشر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ وذلك عدا حكم المادة (٢٣ مكررا) فيسرى حكمها من اليوم التالى لتاريخ نشره»

=

- مادة (١٩) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية :

« فى دعاوى التطليق التي يوجب فيها القانون ندب حكمين يجب على المحكمة أن تكلف كلا من الزوجين بتسمية حكم من أهله - قدر

يدل- وعلى ما أفصحت عنه الأعمال التحضيرية لهذا القانون- على أن المشرع قد استهدف بتقرير الرجعية لأحكامه التى جاءت متفقة مع القواعد المقررة بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المقضى بعدم دستوريته لعيب لحق باجراءات اصداره واسناد سريانها الى تاريخ نشر الحكم القاضى بعدم دستوريته أن تسرى هذه الأحكام على المراكيز القانونية التى تكونت فى ظل العمل بالقانون القديم ولم يصدر بتقريرها أحكام حائزة لقوة الأمر المقضى وذلك تحقيقا للعدالة والتسوية بين أصحاب الحقوق الشرعية التى قننت بالقرار بقانون المشار اليه سواء من تمكن منهم من استصدار حكم بات بها قبل صدور الحكم بعدم دستوريته ومن لم يتمكن من ذلك وهو ما يؤيده أن المشرع لم يحدد لرجعية القانون الجديد رغم تضمنه فى الجملة ذات القواعد المقررة بالقانون القديم اليوم التالى لنشر الحكم بعدم دستورية الأخير باعتباره اليوم الذى ينتهى فيه العمل به وانما حدد لها يوم نشره أى فى وقت كانت أحكام القانون القديم فيه سارية مما يكشف عن رغبته فى توفير الاستمرارية لهذه الأحكام بعد تلافى العيب الذى شاب اجراءات اصداره واخضاع الوقائع الناشئة فى ظله للقواعد المماثلة المقررة بالقانون الجديد اذا لم يكن قد صدر بشأنها حكم حائز لقوة الأمر المقضى، لما كان ذلك، وكانت المادة ١١ مكررا ثانيا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ الذى يحكم واقعة الدعوى- تجيز للزوجة الاعتراض على دعوة الزوج اياها للعودة لمنزل الزوجية وأن ترفع هذا الاعتراض أمام المحكمة الابتدائية خلال ثلاثين يوما من تاريخ هذا الاعلان وأوجبت عليها أن تبين فى صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التى تستند اليها فى امتناعها عن طاعة زوجها والا حكم بعدم قبول اعتراضها وهى فى جملتها ذات القواعد التى كانت مقررة فى القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المحكوم بعدم دستوريته وكان الحكم المطعون فيه اذ قضى بالغاء الحكم الابتدائى ورفض دعوى الاعتراض على الطاعة قد اكتفى بالقول بأنها أصبحت غير ذات موضوع لامتناع تطبيق القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المحكوم بعدم دستوريته عليها وتحجب بذلك عن الفصل فى موضوع الاعتراض على الطاعة وعن إعمال حكم القانون الواجب تطبيقه عليها فانه يكون قد شابه القصور فى التسبيب الذى أدى به الى الخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه لهذين السببين دون حاجة لبحث السبب الأول للطعن».

الإمكان- فى الجلسة التالية على الأكثر، فإن تقاعس أيهما عن تعيين حكمه أو تخلف عن حضور هذه الجلسة عينت المحكمة حكما عنه.

وعلى الحكمين المثول أمام المحكمة في الجلسة التالية لتعيينهما ليقررا ما خلصا إليه معا، فإن اختلفا أو تخلف أيهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوالهما أو أقوال الحاضر منهما بعد حلف اليمين.

وللمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان أو بأقوال أيهما، أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوى.

- إلغاء المواد (٧، ٨، ٩، ١٠، ١١) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بالمادة (١٩) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠:

نظمت المادة ١٩ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ - كما رأينا - إجراءات التحكيم تنظيما جديدا روعى فيه التبسيط والاختصار يختلف عن التنظيم الوارد بالمواد (٧، ٨، ٩، ١٠، ١١) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، ومن ثم فإنها تكون قد ألغت ضمنا المواد الأخيرة ويجرى التحكيم منذ العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ على النحو الوارد بالمادة ١٩ [1].

فضلا عن أن المادة الرابعة من قانون إصدار القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ نصت فى عجزها على أن: «يلغى كل نص يخالف أحكام القانون المرافق»

٣٠- دستورية المواد ٧، ١٠، ١١ والفقرة الثانية من المادة ١١ مكررا ثانيا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥:

قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ١٩٩٧/٧/٥ فى القضية رقم ٨٢ لسنة ١٧ قضائية «دستورية» برفض الدعوى بعدم دستورية المادة (١١) من المرسوم بقانون سالف الذكر (الجريدة الرسمية فى ١٩٩٧/٧/١٩ العدد

---

(١) راجع الجدول الملحق بتقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب.

٢٩) وقضت بتاريخ ١٩٩٨/٥/٩ فى القضية رقم ١٢١ لسنة ١٩ قضائية «دستورية» برفض الدعوى بعدم دستورية المادة (١٠) (الجريدة الرسمية فى ١٩٩٨/٥/٢١ العدد ٢١)، وقضت بتاريخ ١٩٩٩/١/٢ فى القضية رقم ١٢ لسنة ١٩ قضائية « دستورية» برفض الدعوى بعدم دستورية المادة (٧) (الجريدة الرسمية فى ١٤ يناير ١٩٩٩ العدد٢) وقضت بتاريخ ١٩٩٩/٤/٣ فى القضية رقم ١٩٧ لسنة ١٩ قضائية « دستورية» برفض الدعوى بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ١١ مكررا ثانيا (الجريدة الرسمية فى ١٩٩٩/٤/١٥ العدد ١٥) [١] .

---

(١) وننشر الأحكام الأربعة بأسبابها كاملة على التوالى فيما يلى :

الحكم الأول

الصادره برفض الدعوي بعدم دستورية المادة (١١)

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم السبت ٥ يوليو سنة ١٩٩٧م (الموافق ٣٠ صفر سنة ١٤١٨هـ).

برئاسة السيد المستشار الدكتور/ عوض محمد عوض المر.......... رئيس المحكمة

وعضوية السادة المستشارين : فاروق عبد الرحيم غنيم وعبد الرحمن نصير والدكتور/ عبد المجيد فياض ومحمد على سيف الدين وعدلى محمود منصور ومحمد عبد القادر عبدالله.

وحضور السيد المستشار الدكتور/ حنفى على جبالى ..... رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد/ حمدى أنور صابر.............. أمين السر

أصدرت الحكم الآتي :

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٨٢ لسنة ١٧ قضائية « دستورية» .

المقامة من

السيد محمد عبد التواب محمد.

ضد

١- السيد / رئيس الجمهورية.

٢- السيد/ رئيس الوزراء.

٣- السيد / وزير العدل.

٤- السيدة هبة محمد حسنين.

الإجراءات

بتاريخ الحادى عشر من ديسمبر سنة ١٩٩٥ ، أودع المدعى صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة ، طالبا الحكم بعدم دستورية نص المادتين السادسة والحادية عشرة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية، فيما تضمناه من إعطاء القاضى حق تطليق الزوجة من زوجها دون رضائه رغم عدم ثبوت الضرر.

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فى ختامها الحكم برفض الدعوى.

وبعد تحضير الدعوى، أودعت هيئة المفوضين تقريرا برأيها.

ونظرت الدعوى على النحو المبين بمحضر الجلسة، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم.

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة.

حيث إن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق- تتحصل فى أن المدعى كان قد وجه إلى زوجته - المدعى عليها الرابعة- بتاريخ ١٩٩٤/٩/٢١ إنذارا بالدخول فى طاعته ، فردت عليه بالاعتراض المقيد بجدول محكمة القاهرة الابتدائية للأحوال الشخصية « نفس» رقم ١٩٦٥ لسنة ١٩٩٤، وأثناء نظر الاعتراض أضافت طلب التفريق عملا بالفقرة الأخيرة من المادة (١١ مكررا) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥. وبجلسة ١٩٩٥/١١/٧ دفع المدعى بعدم دستورية المادتين (٦ ،١١) من هذا القانون، وإذ قدرت محكمةالموضوع جدية دفعه، وصرحت له برفع دعواه الدستورية ، فقد أقام الدعوى الماثلة.

وحيث إن المدعى ينعى على النصين المطعون فيهما مخالفتهما لمبادئ الشريعة الإسلامية، ولأحكام المادتين (٩و ١٠) من الدستور، وذلك من أوجه أربعة:

(**أولها**) أن الله بواسع حكمته، اختص الأزواج بالطلاق، وأسنده إليهم باعتبار أن عقد الزواج عهد وميثاق ميزه الإسلام عن سائر العقود، فلا يجرى على نسقها ، ولايقاس عليها، ومؤدى أحكامه أن الزوج وحده هوالذى يملك حل عقدته. ولو كان الله سبحانه وتعالى يجيز تطليق الزوجة من زوجها رغم ممانعته، لفتح بابا لذلك فى كتابه العزيز، وإذ لم يفعل ، فإن الاجتهاد لايجوز أن ينزلق إلى تغيير حكم الله تعالى.

(**ثانيها**) أنه حتى الخلع- وعند قيام مقتضاه - وإن كان جائزا شرعا بتراض من الزوجين، ويحق للقاضى إلزام الزوج به، إلا أنه لايملك أن يحل محل الزوج فى

إيقاع الطلاق.

(ثالثها) أن قيام القاضى بتطليق الزوجة من زوجها رغما عنه واستجابة لطلبها رغم عدم ثبوت الضرر، يعنى انتقال حق الطلاق إليها بما يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية، ويهدم روابط الأسرة وهى أساس المجتمع، ويناقض التزام الدولة بحماية الأمومة والطفولة.

(رابعها) أن النصين المطعون عليهما خالفا مبدأ المحاكم الشرعية، ومؤداه أن تصدر الأحكام- حال غياب نص فى المسائل التى تتعلق بها- طبقا لأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة . وهذا المذهب - ومعه المذهب الشافعى والظاهرية وغيرهم- على أن الزوجة ليس لها طلب التفريق من زوجها عند وقوع شقاق بينهما ، وهو مايتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية ولايجاوزها ، فيما يرى المالكية وحدهم- وبمذهبهم أخذ القانون المطعون فيه- أن للزوجة فى حالة الشقاق، أن تطلب من القاضى التفريق بينها وبين زوجها وبذا يكون القانون قد ترك الرأى الأرجح فى الفقه إلى الرأى الأضعف.

وحيث إن المادتين المطعون عليهما من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية ، تجريان على النحو الآتى :

مادة ٦ - « إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لايستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما، يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق ، وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الاصلاح بينهما ، فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى، ولم يثبت الضرر، بعث القاضى حكمين ، وقضى على الوجه المبين

بالمواد (٧، ٨، ٩، ١٠ ، ١١)».

مادة ١١- « وعلى الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملا على الأسباب التى بنى عليها، فإن لم يتفقا ، بعثتهما مع ثالث له خبرة بالحال وقدره على الإصلاح، وحلفته اليمين المبينة فى المادة (٨). وإذا اختلفوا أو لم يقدموا تقريرهم فى الميعاد المحدد، سارت المحكمة فى الإثبات، وإن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتطليق بينهما بطلقة بائنة مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها وإلزامها بالتعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتضى».

وحيث إن المادة (١١ مكررا) (ثانيا) من هذا المرسوم بقانون، تنص على ما يأتى :

«إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق، توقف نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع.

وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة بإعلان على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها ، وعليه أن يبين فى هذا الإعلان المسكن.

وللزوجة الاعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائية خلال ثلاثين يوما من تاريخ هذا الإعلان ، وعليها أن تبين فى صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التى تستند إليها فى امتناعها عن طاعته ، وإلا حكم بعدم قبول اعتراضها.

ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض إذا لم تتقدم به فى الميعاد .

وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض ، أو بناء على طلب أحد الزوجين، التدخل لإنهاء

النزاع بينهما صلحا باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة، فإذا بان لها أن الخلاف مستحكم وطلبت الزوجة التطليق اتخذت المحكمة إجراءات التحكيم الموضحة فى المواد (من ٧ إلى ١١) من هذا القانون».

وحيث إن النزاع الموضوعى يدور حول طلب الزوجة التطليق أثناء نظر اعتراضها على دعوة زوجها لها للعودة إلى مسكن الزوجية طبقا للمادة (١١ مكررا ثانيا) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية ، وكان طلبها التطليق على هذا النحو، يؤسس على أن النزاع بينها وبين زوجها قد صار عميقا وخلافهما مستحكما، وأن صدعها لازال غائرا حتى بعد التدخل لإنهاء شقاقهما صلحا، ودعوتهما إلى معاشرة تستقيم بها حياتهما، فإن سبب دعواها هذه يكون مختلفا عن طلب التطليق إعمالا لحكم المادة (٦) من هذا القانون التى ينحصر مجال تطبيقها فيما هو إيذاء من الزوج لزوجته بقول أو بفعل بما لايليق بأمثالهما، وكانت المادة الحادية عشرة- بما لها من صلة بالنزاع الموضوعى بحكم الإحالة إليها فى عجز المادة (١١ مكررا ثانيا)- هى وحدها التى تتصل بها الدعوى الدستورية الراهنة، فإن نطاق هذه الدعوى ينحصر فيها.

وحيث إن الفقرة الأخيرة من المادة ١١ مكررا ثانيا- المشار إليها- توجب على المحكمة عند نظر الاعتراض ، أو بناء على طلب أحد الزوجين، التدخل لإنهاء النزاع بينهما صلحا باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة، فإذا بان لها أن خلافهما صار مستحكما وشقاقهما عميقا، وطلبت الزوجة التطليق ، اتخذت المحكمة إجراءات التحكيم الموضحة فى المواد (من ٧ إلى ١١) من هذا القانون. وقد تناولت المادة

السابعة الشروط الواجب توافرها في الحكمين، وحددت المادة الثامنة البيانات التى يشتمل عليها القرار الصادر ببعثهما، وأوضحت المادة التاسعة طريقة عملهما، وبينت المادة العاشرة ما يجب عليهما أن يقترحاه إذا عجزا عن الإصلاح ، ثم فصلت المادة الحادية عشرة- المطعون عليها- الإجراءات التى يتعين على المحكمة اتباعها قبل أن تقضى بتطليق الزوجة من زوجها.

وحيث إن من المقرر فى قضاء هذه المحكمة، أن حكم المادة الثانية من الدستور- بعد تعديلها فى ٢٢ من مايو سنة ١٩٨٠ - يدل على أن الدستور أوردها ليفرض بمقتضاها - واعتبار من تاريخ العمل بهذا التعديل- قيدا على السلطة التشريعية يلزمها فيما تقرره من النصوص القانونية، بألا تناقض أحكامها مبادئ الشريعة الاسلامية فى أصولها الثابتة - مصدرا وتأويلا- بعد أن اعتبرها الدستور مرجعا ترد إليه هذه النصوص فلا تعارضها ، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هى التى يكون الاجتهاد فيما ممتنعا، إذ هى عصية على التعديل ، ولايجوز الخروج عليها، أو الالتواء بها عن معناها. وتنصب ولاية المحكمة الدستورية العليا فى شأنها على مراقبة التقيد بها، وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها.

ولا كذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدلالتها ، أو بهما معا، ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها، ولاتمتد لسواها ، وهى بطبيعتها متطورة بتغير الزمان والمكان، لضمان مرونتها وحيويتها، ولمواجهة النوازل على اختلافها تنظيما لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتبرة شرعا، ولايعطل بالتالى حركتهم فى الحياة ، على أن يكون الاجتهاد دوما واقعا فى إطار الأصول الكلية للشريعة بمالايجاوزها، ملتزما

ضوابطها الثابتة ، متحريا مناهج الاستدلال على الأحكام العملية والقواعد الضابطة لفروعها، كافلا صون المقاصد الكلية للشريعة بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال.

وحيث إن الطلاق وإن شرع رحمة من الله بعباده ، وجعل أمره بيد الرجل باعتباره أقدر على تحكيم العقل وتبصر العاقبة ، وكان الطلاق من فرق النكاح التي ينحل الزواج الصحيح بها بلفظ مخصوص صريحا كان أم كنائيا ، وكان غالبا ما يقع إذا ما غفا وازع الدين والخلق، وصار بنيان الأسرة متهادما، وصرحها متداعيا ، ورباطها متآكلا يكاد أن يندثر، وكان وقوع شقاق استفحل أمره بين الزوجين انحرافا من أحدهما أوكليهما عن مقاصد الزواج، ويقيم بينهما جفوة في المعاملة لايكون العدل والإحسان قوامها ، بل يذكيها التناحر، فلاتكون حياتهما إلاسعيرا يمتد أواره إلى الأسرة جميعها، فلا يؤول أمرها إلا هشيما، ولايكون إلفها ووفاقها إلا حسيرا ، وكان خلافهما وإن صار عميقا، ونزاعهما مستحكما، لايحول دون جهد يبذل من جانبهما ، أو من قبل رجلين عدلين من أهلهما إن أمكن، يسعيان بينهما معروفا، وينظران في أمرهما ليقيما بينهما حدود الله تعالى، فإن تعذر أن يصلحا ما اختل من شئونهما، أغنى الله إن تفرقا- كلا من سعته بيد أن الفقهاء مختلفون فيمن يستبد حينئذ بالتفريق بينهما ، ولكل وجهة هو موليها.

وحيث إن أصل التحكيم عند وقوع شقاق بين الزوجين مرده إلى قوله تعالى « وإن خفتم شقاق بينهما ، فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما، إن الله كان عليما خبيرا» وكان الفصل فيما إذاكان الحكمان

لايكلفان إلا بأن يصلحا بين زوجين استفحل عنادهما وجفاؤهما ، أم أنهما مطالبان عند إخفاقهما فى ذلك بأن يفرقا بينهما بمال أو بغير مال، رضيا أو أبيا، لايندرج تحت المسائل التى حسمتها الشريعة الإسلامية فى مبادئها الكلية المقطوع بثبوتها ودلالتها ، فإن حدود مهمتهما تعد من المسائل الاجتهادية التى يتصور أن تتباين الأنظار فى شأنها، فمن نظر من الفقهاء- كأبى حنيفة وأصحابه والظاهرية والشيعة الإمامية والشافعى فى أحد قوليه- إلى أن عمل الحكمين لايجاوز سعيهما إلى التوفيق بين زوجين استحكم خلافهما ، سلباهما حق التفريق إلا بتفويض من الزوج استصحابا للأصل فى الطلاق، وهو معقود بيده إلا أن يوكل غيره فيه، ولأن الحياة الزوجية – فى رأيهم – لاتصفو من شقاق يخالطها عادة ، فلا يجوز أن يكون خلافهما أيا كان مداه ، سببا لحل عقدتها وفصم رابطتها . ومن نحا من الفقهاء إلى جعلهما حاكمين ، كالمالكية وأحمد بن حنبل فى إحدى روايتين عنه، يخولانهما أن يقررا فى شأن الزوجين ما ينتهيان إليه بعد بحثهما لأحوالهما، سواء كان قرارهما بجمعهما أم بالتفريق بينهما ، على أن يتولى القاضى إمضاء حكمهما وتنفيذه . وهم يؤسسون اجتهادهم على أن الله تعالى اعتبر المبعوثين حكمين لاوكيلين، ولو أرادهما وكيلين ما قصرهما على أهله وأهلها. وبعثهما إلى الزوجين غير معلق على قبول زوجها ، ولايتصور بالتالى أن يكون قد أنابهما عنه فى مهمتهما محددا إطارها. كذلك فإن اتصال الشقاق بين زوجين واطراد نزاعهما يشى بأن جذوة حياتهما تكاد أن ترتد عن مواقعها، وأن مضارا يتعذر احتمالها أو القبول بها صار أمرها باديا وأثرها ملحوظا، فإذا لم يتدخل زوجها لرفعها، قام الحكمان بدفعها.

وحيث إن النص المطعون فيه - وفى حدود السلطة التى يملكها ولى الأمر لاستنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية- نظر إلى الحكمين - لا باعتبارهما مخولين حق التفريق بين الزوجين، وإنما يكون بعثهما ليحيطا بمظاهر النزاع بينهما، على أن يقفا كذلك على أسبابها، ثم يحددا بعدئذ من يكون منهما مسيئا إلى الآخر، وما ينبغى أن يرفع به النزاع من فرقة دون بدل أو ببدل يكون متناسبا وقدر الإساءة أونسبتها. ولايناقض هذا الاجتهاد من ولى الأمر حكما قطعيا، بل يقع فى دائرة المسائل الخلافية التى تتفرق الآراء من حولها، والتى لاتتقيد الحلول التشريعية المتعلقة بها بغير ما يكفل للعباد مصالحهم المعتبرة شرعا، فلا تكلفهم مالا يطيقون، أو تقنطهم مما يأملون وفق مقاصد شريعتهم وبمراعاة أصولها.

وحيث إن ما ينعاه المدعى من أن النص المطعون فيه يناقض ما استقر عليه العمل من الرجوع فى المسائل التى تخلو من نص يحكمها، إلى أرجح الأقوال فى المذهب الحنفى - وهو لايقر تفريق المرأة من زوجها عند وقوع شقاق بينهما- مردود أولا: بما جرى عليه قضاء هذه المحكمة من أن أية قاعدة قانونية ولو كان العمل قد استقر عليها أمدا، لاتحمل فى ذاتها ما يعصمها عن العدول عنها، وإبدالها بقاعدة جديدة لاتصادم حكما شرعيا قطعيا ورودا ودلالة، وتكون فى مضمونها أرفق بالعباد، وأحفل بشئونهم وأكفل لمصالحهم الحقيقية التى يجوز أن تشرع الأحكام لتحقيقها بما يلائمها، فذلك وحده طريق الحق والعدل، وهو خير من فساد عريض. ومن ثم ساغ الاجتهاد فى المسائل الاختلافية التى لايجوز أن تكون أحكامها جامدة بما ينقض كمال الشريعة ومرونتها، ذلك إن إعمال حكم العقل فيما لانص فيه، توصلا لتقرير

قواعد عملية يقتضيها عدل الله ورحمته بين عباده ، مرده أن هذه القواعد تسعها الشريعة الإسلامية، إذ هي غير منغلقة على نفسها، ولاتضفي قدسية على أقوال أحد من الفقهاء في شأن من شئونها، ولاتحول دون مراجعتها وتقييمها وإبدال غيرها بها بمراعاة المصلحة الحقيقية التي يقوم عليها دليل شرعي. فالآراء الاجتهادية لاتجاوز حجيتها قدر اقتناع أصحابها بها، ولايسوغ بالتالي اعتبارها شرعا ثابتا متقررا لايجوز أن ينقض ، وإلا كان ذلك نهيا عن التأمل والتبصر في دين الله تعالى، وإنكار لحقيقة أن الخطأ محتمل في كل اجتهاد. ومن ثم صح القول بأن اجتهاد أحد من الفقهاء ، ليس بالضرورة أحق بالاتباع من اجتهاد غيره، وربما كان أضعف الآراء سندا، أكثرها ملاءمة للأوضاع المتغيرة ، ولو كان مخالفا لأقوال استقر عليها العمل زمنا.

ومردود ثانيا : بأن الاجتهاد في الأحكام الظنية وربطها بمصالح الناس، عن طريق الأدلة الشرعية– النقلية منها والعقلية – وإن كان حقا لأهل الاجتهاد فأولى أن يكون هذا الحق مقررا لولي الأمر، ينظر في كل مسألة بخصوصها بما يناسبها إخمادا للثائرة وإنهاء للتنازع والتناحر وإبطالا للخصومة ، مستعينا في ذلك كله بمن يفقهون دينهم، ولايكون عملهم إلا فهما أعمق لقواعده، وهو في ذلك لايتقيد بالضرورة بآراء الآخرين، بل يجوز أن يشرع على خلافها ، وأن ينظم شئون العباد في بيئة بذاتها تستقل بأوضاعها وظروفها الخاصة، بما يرد الأمر المتنازع عليه إلى الله ورسوله، مستلهما في ذلك حقيقة أن المصالح المعتبرة هي تلك التي تكون مناسبة لمقاصد الشريعة، متلاقية معها، وهي بعد مصالح لاتتناهى جزئياتها أو تنحصر

تطبيقاتها، ولكنها تتحدد تبعا لما يطرأ عليها من تغيير وتطور. ومن ثم كان حقا عند الخيار بين أمرين مراعاة أيسرهما مالم يكن إثما، وكان واجبا كذلك ألايشرع ولى الأمر حكما يضيق على الناس، أو يرهقهم من أمرهم عسرا، وإلا كان مصادما لقوله تعالى « ما يريد الله ليجعل عليكم في الدين من حرج». ولازم ذلك، أن الاجتهاد حق لولى الأمر فى الدائرة التى شرع فيها، ليكون كافلا وحدة الشريعة ميسرا لقواعدها، بإمدادها دوما بما يعين على اكتمال نمائها.

وحيث إن ما نص عليه الدستور فى المادة (٩) وأحكامه متكاملة لاتنافر فيها- من أن الأسرة قوامها الدين والأخلاق والوطنية، وأن صون طابعها الأصيل وإرساء قيمها وتقاليدها ضرورة لايجوز لأحد أن ينحيها ، مؤداه أن الأسرة لايصلحها شقاق استفحل مداه ومزق تماسكها ووحدتها، ودهمها بالتالى تباغض يشقيها، بما يصد عنها تراحمها وتناصفها، فلايرسيها على الدين والخلق القويم، وكان النص المطعون فيه- وقد أجاز التفريق بين زوجين غشيهما وأمضهما نزاع مستحكم - قد هيأ لهما مخرجا يرد عنهما كل حرج ، ويزيل عسرهما ، فلا تكون حياتهما وزرا وهضما، ولاعوجا وأمتا ، فإنه بذلك لايكون مخالفا للدستور.

وحيث إن ما ينعاه المدعى من أن النص المطعون فيه- فى مجال تطبيقه على طلب التطليق العارض المبدى أثناء نظر اعتراض الزوجة على إعلان الطاعة - لايخول للمحكمة أن تفرق بين الزوجين حتى بعد تدخلها لإنهاء نزاعهما صلحا، ودعوتهما إلى حسن العشرة، بل جعل الحكم بالتطليق متوقفا على طلبها ، وعائدا بالتالى إلى إرادتها ، ولو ثبت أن خلافها مع زوجها أظمأ حياتهما وأظلمها، مردود أولا : بأن

المشرع قدر أن إنهاء الشقاق بين زوجين، يقتضى من المحكمة أن تتدخل أولا بنفسها لإصلاح أمرهما، وأن تدعوهما إلى حسن المعاشرة فإذا بان لها أن جهدها قد قصر عن بلوغ الأغراض التى توخاها، وأن خلافهما قد أحاط بهما ، أنهما أسرفا على نفسيهما ، كان عليها أن تحيل أمرهما إلى حكمين– أو ثلاثة – ينظران فى أحوالهما . بيد أن المشرع شرط للجوئها إلى التحكيم، أن تفصح الزوجة بنفسها عن اتجاه إرادتها إلى التطليق من زوجها، تقديرا بأنها قد ترجح مصلحة أسرتها حتى بعد شقاقها مع شريكها ، فلا تتخلى عنها، بل تقبل صابرة على مجاهدة نفسها لتقويم عوارضها– ولو تحيفها زوجها حقا مقررا لها شرعا– فلا يرتفع قيد النكاح. وتلك مصلحة مشروعة لايجوز إسقاطها، أوالتهوين منها.

ومردود ثانيا : بأن العقيدة الإسلامية قوامها خلقا متكاملا وسلوكا متساميا، وأعمق فضائلها أن يكون المؤمن منصفا خيرا فطنا، معاونا لغيره ، رؤوفا بالأقربين ، فلا يمد يده لأحد بسوء، ولايلحق بالآخرين ضررا غير مبرر، بل يكون للحق عضدا ، وللمحروءة نصيرا، ولإباء النفس وشممها ظهيرا. وما الزواج إلا علاقة نفسية واجتماعية يرتهن بقاؤها بمودتها ورحمتها ، باعتدالها ويقظتها ، بعدلها وإحسانها. وتمزيق أوصالها بالشحناء، إيهان لها، ومروق عن حقيقتها . وكلما استبد الرجل بزوجه وأرهقها صعودا بما يجاوز حد احتمالها ، فإن طلبها التفريق منه يكون جزاء وفاقاً . وإذا كان عتو خلافهما ، قد أحال مسراه ضلالا، أفلا تستجير من بأسائها بطلبها التفريق من زوجها ، ثم الإصرار عليه.

مردود ثالثا: بأن تعليق الحكم بالتطليق على إصرارها على طلب الخلاص من زوجها،

يتمحض قيدا على سلطة المحكمة فى التفريق بينهما ، وهو ما تتحقق به مصلحته فى النزاع الموضوعى.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة برفض الدعوى وألزمت المدعى المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماه.

أمين السر **رئيس المحكمة**

الحكم الثاني

الصادر برفض الدعوى بعدم دستورية المادة (١٠)

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم السبت ٩ مايو سنة ١٩٩٨ م الموافق ١٣ المحرم سنة ١٤١٩ هـ.

برئاسة السيد المستشار الدكتور / عوض محمد عوض المر..... رئيس المحكمة

وعضوية السادة المستشارين : الدكتور محمد إبراهيم أبو العينين ومحمد ولى الدين جلال ونهاد عبد الحميد خلاف وفاروق عبد الرحيم غنيم وحمدى محمد على ومحمد على سيف الدين.

وحضور السيد المستشار الدكتور حنفى على جبالي...... رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد / حمدى أنور صابر........ أمين السر

أصدرت الحكم الآتي :

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ١٢١ لسنة ١٩ قضائية «دستورية».

المقامة من :

السيد فتحى محمد حسن محمد حسين.

ضد

١- السيدة / آمال محمد حسن محمد مرسى.

٢- السيد/ رئيس مجلس الوزراء.

الإجراءات

في السابع عشر من يونيو سنة ١٩٩٧، أودع المدعى صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة، طلبا للحكم بعدم دستورية نص المادة العاشرة من المرسوم بقانون رقم ٢٥لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية.

قدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها الحكم بعدم قبول الدعوى أو برفضها.

وبعد تحضير الدعوى، أودعت هيئة المفوضين تقريرا برأيها.

ونظرت الدعوى على النحو المبين بمحضر الجلسة، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم.

المحكمة :

بعد الاطلاع على الأوراق ، والمداولة .

حيث إن الوقائع- على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق- تتحصل فى أن المدعى عليها الأولى كانت قد أقامت الدعويين رقمى ١٠٨٣ لسنة ١٩٨٧، ٥٤ لسنة ١٩٨٨ أحوال شخصية كلى الإسكندرية ضد المدعى ابتغاء القضاء بعدم

الاعـتـداد بإنذارى الطاعـة الموجـهين منه إليـهـا فى ١٩٨٧/٨/٣١ ، ٢٨ /١٩٨٧/١٢ ، وتطلقـهـا عليه طلقة بائنة للضرر قولا منها بأن المدعى غير أمين عليها، وأنه وجه إليها الإنذارين محل اعتراضها بعد امتناعه عن الإنفاق عليها، وإقامتها دعوى نفقة ضده؛ قاصدا وقف نفقتها وولديه منه. وبعد أن قررت المحكمة ضم الدعويين؛ بعثت حكمين للتوفيق بين الطرفين، ثم قضت فى ١٩٩٠/٤/٩ – وعلى ضوء التقرير الذى رفعاه إليها– بتطليق المدعى عليها الأولى على المدعى طلقة بائنة ، وبعدم الاعتداد بإنذارى الطاعة آنفى البيان. فاستأنف المدعى هذا الحكم بالاستئناف رقم ١١٨ لسنة٩٠ قضائية شرعى الإسكندرية.

وبتاريخ ١٩٩٢/٦/٨ قضت المحكمة الاستئنافية بتأييد الحكم المستأنف. طعن المدعى فى ذلك الحكم بطريق النقض، حيث قيد طعنه برقم ٢٠٦ لسنة ٦٢ قضائية أحوال شخصية. وبتاريخ ١٩٩٦/٤/٢٢ قضت محكمة النقض بنقض الحكم المطعون فيه والإحالة. وأثناء نظر الدعوى أمام محكمة استئناف الاسكندرية– بعد الإحالة – دفع المدعى بعدم دستورية نص المادة العاشرة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية. وبعد تقديرها جدية دفعه. أذنت محكمة الموضوع للمدعى برفع دعواه الدستورية ؛ فأقامها.

وحيث إن النزاع الموضوعى يدور حول طلب المدعى عليها الأولى التطليق على المدعى أثناء نظر اعتراضها على دعوته إياها إلى مسكن الزوجية طبقا للمادة ١١

مكررا ثانيا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية.

وحيث إن الفقرة الأخيرة من المادة ١١ مكررا ثانيا- المشار إليها- توجب على المحكمة عند نظر الاعتراض؛ أو بناء على طلب أحد الزوجين، التدخل لإنهاء النزاع بينهما صلحا باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة . فإذا بان لها أن خلافهما صار مستحكما وشقاقهما عميقا، وطلبت الزوجة التطليق ، اتخذت المحكمة إجراءات التحكيم الموضحة في المواد من ٧ إلى ١١ من هذا القانون، والتى جرت نصوصها على النحو التالى :

مادة ٧ :

« يشترط فى الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن ، وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما».

مادة ٨ :

(أ) يشمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما على ألا تجاوز مدة ستة أشهر، وتخطر الحكمين والخصوم بذلك. و عليها تحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة.

(ب) يجوز للمحكمة أن تعطى للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لاتزيد على ثلاثة أشهر فإن لم يقدما تقريرهما اعتبرتهما غير متفقين.

مادة ٩ :

لايؤثر فى سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم إخطاره . وعلى الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين، ويبذلا جهدهما فى الإصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة.

مادة ١٠ (المطعون عليها):

إذا عجز الحكمان عن الإصلاح :

١- فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التطليق بطلقة بائنة دون مساس بشئ من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق.

٢- إذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة، اقترحا التطليق نظير بدل مناسب يقدرانه تلزم به الزوجة.

٣- إذا كانت الإساءة مشتركة ، اقترحا التطليق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الإساءة.

٤- وإن جهل الحال فلم يعرف المسئ منهما، اقترح الحكمان تطليقا دون بدل.

مادة١١ :

على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملا على الأسباب التى بنى عليها. فإن لم يتفقا ، بعثتهما مع ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الإصلاح ، وحلفته اليمين المبينة فى المادة (٨) وإذا اختلفوا أو لم يقدموا تقريرهم فى الميعاد،

سارت المحكمة فى الإثبات وإن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين ، وتبين استحالة العشرة بينهما؛ وأصرت الزوجة على الطلاق ، قضت المحكمة بالتطليق بينهما بطلقة بائنة، مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها ، وإلزامها بالتعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتض.

وحيث إن المدعى ينعى على نص المادة العاشرة المطعون عليها، مخالفته الشريعة الإسلامية فى مبادئها الكلية المقطوع بثبوتها ودلالتها التى لاتخول الزوجة أن تدعى إضرار زوجها بها، ولا أن يوافقها الحكمان على ادعائها ويقترحان تطليقها من زوجها ونظير بدل فى بعض الأحيان .

وحيث إن دستورية المادة (١١) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية ، كان أمرها معروضا على هذه المحكمة فى الدعوى المقيدة بجدولها برقم ٨٢ لسنة ١٧١ قضائية « دستورية» والتى قضت برفضها بحكمها الصادر فى ١٩٩٧/٧/٥ ، والمنشور بالجريدة الرسمية فى ١٩٩٧/٧/١٩ ، محمولا فى ذلك على دعائم حاصلها :

١- اطرد قضاء هذه المحكمة، على أن حكم المادة الثانية من الدستور- بعد تعديلها فى ٢٢ من مايو سنة ١٩٨٠- يقيد السلطة التشريعية اعتبار ا من تاريخ العمل بهذا التعديل ، وأن مؤداه ألا تناقض تشريعاتها مسائل الشريعة الإسلامية التى لايجوز الاجتهاد فيها، والتى تمثلها ثوابتها- مصدرا وتأويلا- إذ هى عصية على التأويل فلا

يجوز تحريفها ، بل يتعين رد النصوص القانونية إليها للفصل في تقرير اتفاقها أو مخالفتها للدستور.

ولاكذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدلالتها ، أوبهما معا ، ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها، ولاتمتد لسواها؛ وهي بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها، ولمواجهة النوازل على اختلافها تنظيما لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتبرة شرعا؛ ولايعطل بالتالي حركتهم في الحياة؛ على أن يكون الاجتهاد دوما واقعا في إطار الأصول الكلية للشريعة بما لا يجاوزها؛ ملتزما ضوابطها الثابتة، متحريا مناهج الاستدلال على الأحكام العملية والقواعد الضابطة لفروعها، كافلا صون المقاصد الكلية للشريعة بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال.

٢- الأصل أن يكون المؤمن منصفا، رؤوفا بالأقربين، فلا يمد يده لأحد بسوء، ولايلحق بالآخرين ضررا غير مبرر، وما الزواج إلا علاقة نفسية واجتماعية يرتهن بقاؤها بمودتها ورحمتها ، باعتدالها ويقظتها، بعدلها وإحسانها. ولايعدو طلب المرأة التفريق بينها وبين زوجها إذا أرهقها صعودا بما يجاوز حد احتمالها أن يكون جزاء وفاقا بعد أن صار خلافهما عاتيا ومسراه ضلالا.

٣- أن أصل التحكيم عند وقوع شقاق بين الزوجين مرده إلى قوله تعالى « وإن خفتم شقاق بينهما، فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا

يوفق الله بينهما، إن الله كان عليما خبيرا» وإذ كان الفصل فيما إذا كان الحكمان لايكلفان إلا بأن يصلحا بين زوجين استفحل عنادهما وجفاؤهما ؛ أم أنهما مطالبان عند إخفاقهما فى ذلك بأن يفرقا بينهما بمال أوبغير مال، رضيا أم أبيا لايندرج تحت المسائل التى حسمتها الشريعة الإسلامية فى مبادئها الكلية المقطوع بثبوتها ودلالتها ، فإن حدود مهمتهما تعد من المسائل الاجتهادية التى يتصور أن تتباين الأنظار فى شأنها.

فمن نظر من الفقهاء- كأبى حنيفة وأصحابه والظاهرية والشيعة الإمامية والشافعى فى أحد قوليه - إلى أن عمل الحكمين لايجاوز سعيهما إلى التوفيق بين زوجين استحكم خلافهما، سلباهما حق التفريق إلا بتفويض من الزوج، استصحابا للأصل فى الطلاق، وهو معقود بيده إلا أن يوكل غيره فيه، ولأن الحياة الزوجية - فى رأيهم - لاتصفو من شقاق يخالطها عادة، فلا يجوز أن يكون خلافهما إيا كان مداه، سببا لحل عقدتها وفصم رابطتها.

ومن نحا من الفقهاء إلى جعلهما حاكمين ، كالمالكية وأحمد بن حنبل فى إحدى روايتين عنه، يخولانهما أن يقررا فى شأن الزوجين ما ينتهيان إليه بعد بحثهما لأحوالهما، سواء كان قرارهما بجمعهما أم بالتفريق بينهما ، على أن يتولى القاضى إمضاء حكمهما وتنفيذه وهم يؤسسون اجتهادهم على أن الله تعالى اعتبر المبعوثين حكمين لا وكيلين، ولو أرادهما وكيلين ما قصرهما على أهله وأهلها. وبعثهما إلى

الزوجين غير معلق على قبول زوجها ولايتصور بالتالى أن يكون قد أنابهما عنه فى مهمتهما محددا إطارها كذلك فإن اتصال الشقاق بين زوجين واطراد نزاعهما يشى بأن جذوة حياتهما تكاد أن ترتد عن مواقعها . وأن مضاراً يتعذر احتمالها أوالقبول بها، صار أمرها باديا وأثرها ملحوظا ، فإذا لم يتدخل زوجها لرفعها، قام الحكمان بدفعها.

٤- أنه فى دائرة المسائل الخلافية التى تتفرق الآراء من حولها ، والتى لاتتقيد حولها بغير ما يكفل للعباد مصالحهم المعتبرة شرعا ، وبما يرد الأمر المتنازع عليه إلى الله والرسول، قدر المشرع- وعلى ضوء السلطة التى يملكها فى مجال استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية - أن إنهاء الشقاق بين زوجين، يقتضى من المحكمة أن تتدخل أولا بنفسها لإصلاح أمرهما، وأن تدعوهما إلى حسن المعاشرة ، فإذا بان لها أن جهدها قد قصر عن بلوغ الأغراض التى توخاها، وأن خلافهما قد أحاط بهما، وأنهما أسرفا على نفسيهما ، كان عليها أن تحيل أمرهما إلى حكمين ينظران فى أحوالهما ، ويتقصيان مظاهر النزاع بينهما وأسبابه، لا ليباشرا سلطة التفريق بينهما- وإنما ليكشفا عمن يكون منهما مسيئا إلى الآخر، وما ينبغى أن يرفع به النزاع من تطليق دون بدل أو ببدل.

٥- إن ما نص عليه الدستور فى المادة (٩)- وأحكامه متكاملة لاتنافر فيها- من أن الأسرة قوامها الدين والأخلاق والوطنية، وأن صون طابعها الأصيل وإرساء قيمها

وتقاليدها ضرورة لايجوز لأحد أن ينحيها، مؤداه أن الأسرة لايصلحها شقاق استفحل مداه ومزق تماسكها ووحدتها، ودهمها بالتالى تباغض يشقيها، بما يصد عنها تراحمها وتناصفها، فلا يرسيها على الدين والخلق القويم ، وإذ كان نص المادة الحادية عشرة من قانون الأحوال الشخصية ، يجيز التفريق بين زوجين غشيهما وأمضهما نزاع مستحكم - ليهيئ لهما مخرجا يرد عنهما كل حرج، ويزيل عسرهما ، فإنه بذلك لايكون مخالفا للدستور.

وحيث إن قضاء هذه المحكمة مؤداه أن أصل التحكيم عند وقوع شقاق بين الزوجين، مقرر بالنصوص القرآنية ذاتها، وأن الفصل فيما إذاكان الحكمان لايملكان إلا أن يصلحا بين زوجين استفحل جفاؤهما ؛ أم أنهما مطالبان عند إخفاقهما فى ذلك ، بأن يفرقا بينهما بمال أوبغير مال، من المسائل الخلافية فى الشريعة الإسلامية التى يسوغ الاجتهاد فيها بما يكفل كمالها ومرونتها، فلا تنغلق على نفسها، أو تردها أقوال أحد الفقهاء عن النظر في شئونها، وإلا كان ذلك نهيا عن التأمل والتبصر فى دين الله تعالى ، وإنكارا لحقيقة أن الخطأ محتمل فى كل اجتهاد ، وأن آراء الفقهاء جميعها ينبغى أن تقابل ببعضها ، وأن يكون تقييمها محددا على ضوء المصلحة التى يقوم عليها دليل شرعى.

وحيث إن المادة العاشرة المطعون عليها، لاتخول الحكمين بعد بعثهما إلى الزوجين

إلا أن يقترحا تطليق الزوجة إذا صار خلافها مع زوجها مستعصيا على الإصلاح، وأن ينظرا فيمن أساء منهما إلى الآخر.

فإذا تعذر عليهما أن يعرفاه، اقترحا التطليق بغير مال؛ فإن كانت الإساءة كلها من جهة زوجها اقترح الحكمان تطليقها دون انتقاص شئ من حقوقها المترتبة على الزواج والطلاق. ولا كذلك أن تكون الإساءة كلها من جهتها هي ، إذ يجوز للحكمين أن يحملانها بما يعوضه عنها. فإن كانا شريكين في الإساءة اقترحا تطليقها بدون عوض أو بقدر منه يكون متناسبا مع دورها فيها.

وما ذلك إلا إعمال لحكم العقل فيما لانص فيه، واقعا في إطار المسائل المختلف عليها في الشريعة الإسلامية، وبما يناقض أصولها ومقاصدها.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة برفض الدعوى ، وبمصادرة الكفالة ؛ وألزمت المدعى المصروفات، ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

أمين السر   **رئيس المحكمة**

الحكم الثالث

الصادر برفض الدعوي بعدم دستورية المادة (٧)

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم السبت ٢ يناير سنة ١٩٩٩ م الموافق ١٤ رمضان سنة ١٤١٩هـ.

برئاسة السيد المستشار / محمد ولى الدين جلال .... رئيس المحكمة

وعضوية السادة المستشارين: حمدى محمد على والدكتور/ عبد المجيد فياض وماهر البحيرى ومحمد على سيف الدين وعدلى محمود منصور ومحمد عبد القادر عبدالله

وحضور السيد المستشار/ عبد الوهاب عبد الرازق....... رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد / حمدى أنور صابر..................... أمين السر

أصدرت الحكم الآتي :

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ١٢ لسنة ١٩ قضائية «دستورية».

المقامة من :

السيد/ محمد عمر طوسون عبد الواحد.

ضد

١- السيد / رئيس الجمهورية - بصفته.

٢- السيد رئيس مجلس الشعب بصفته.

٣- السيد/ رئيس مجلس الوزراء - بصفته.

٤- السيد/ وزير العدل- بصفته.

السيدة / نجوى محمد على مفتاح معبد.

الإجراءات

فى السادس عشر من يناير سنة ١٩٩٧، أودع المدعى صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة، طالبا الحكم بعدم دستورية المواد ٦ و ٧و١٠و١١و١١ مكرراً و ١١ مكرراً ثانياً و١٨ مكرراً ثانيا و (٢) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية والمادة الخامسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمادة (٢٥١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فى ختامها الحكم أصليا بعدم قبول الدعوى واحتياطيا برفضها.

وبعد تحضير الدعوى، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها.

ونظرت الدعوى على النحو المبين بمحضر الجلسة، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم.

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة .

حيث إن الوقائع- على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق- تتحصل فى أن المدعى عليها الخامسة كانت قد أقامت ضد المدعى الدعوى رقم ٦١٢ لسنة ١٩٩٣ شرعى كلى الفيوم بطلب الحكم بعدم الاعتداد بإنذار الطاعة الموجه إليها من المدعى بتاريخ ١٩٩٣/١٠/١٣ وأثناء نظر الدعوى أضافت المدعى عليها إلى طلبها الأصلى طلبا جديداً بتطليقها من المدعى طلقة بائنة للضرر والشقاق، فدفع المدعى

بعدم دستورية المواد (٧و٨و٩و١٠ و١١) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، وإذ قدرت محكمة الموضوع جدية دفعه وصرحت له برفع الدعوى الدستورية فقد أقام دعواه الماثلة.

وحيث إن من المقرر- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن نطاق الدعوى الدستورية التي أتاح المشرع للخصوم إقامتها يتحدد بنطاق الدفع بعدم الدستورية الذي أبدى أمام محكمة الموضوع، وفي الحدود التي تقدر فيها تلك المحكمة جديته وذلك عملا بالبند (ب) من المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة١٩٧٩ إذ كان ذلك وكان التصريح بإقامة الدعوى الدستورية قد اقتصر على المواد (٧و٨و٩و١٠و١١) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المشار إليه، إلا أن الطلبات الختامية في صحيفة الدعوى الدستورية قد تضمنت طعنا بعدم دستورية مواد أخرى لم يشملها ذلك التصريح، كما خلت من الطعن على المادتين (٨و٩) من المرسوم بقانون المشار إليه؛ ومن ثم فإن النطاق الذي تتحدد به الدعوى الماثلة إنما يقتصر على المواد التي رخصت محكمة الموضوع للمدعي في إقامة الدعوى بالنسبة لها وأوردها في صحيفة دعواه وذلك طبقا لحكم المادة (٣٠) من قانون المحكمة الدستورية العليا، وهي المواد (٧و ١٠و١١) من المرسوم بقانون المشار إليه دون غيرها؛ بما مؤداه انتفاء اتصال الدعوى- في شقها الخاص بالطعن على النصوص الأخرى- بهذه المحكمة اتصالا مطابقا للأوضاع التي رسمها قانونها والتي لايجوز الخروج عليها بوصفها ضوابط جوهرية فرضها المشرع لمصلحة عامة حتى

ينتظم التقاضى فى المسائل الدستورية وفقا للقواعد التى حددها ، الأمر الذى يتعين معه الحكم بعدم قبول الدعوى بالنسبة إليها.

وحيث إن هذه المحكمة سبق أن باشرت رقابتها القضائية على دستورية المادتين العاشرة والحادية عشرة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فأصدرت بجلسة ١٩٩٧/٧/٥ حكمها فى القضية رقم ٨٢ لسنة ١٧ قضائية دستورية برفض الدعوى بالنسبة إلى الطعن بعدم دستورية المادة الحادية عشرة، وقد نشر هذا الحكم فى الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٩٧/٧/١٩، ثم أصدرت بتاريخ ١٩٩٨/٥/٩ حكمها فى القضية رقم ١٢١ لسنة ١٩ قضائية دستورية برفض الدعوى بعدم دستورية المادة العاشرة؛ وقد نشر هذا الحكم فى الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٩٨/٥/٢١ إذ كان ذلك وكانت أحكام المحكمة الدستورية العليا قولا فصلا لايقبل تعقيبا ولا تأويلا من أى جهة كانت، فإن الخصومة الدستورية بالنسبة لهاتين المادتين- وهى عينية بطبيعتها - تكون قد انحسمت فلا رجعة إليها.

وحيث إن المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المشار إليه تنص على ما يأتى: « يشترط فى الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما» ؛ وينعى المدعى على هذه المادة مخالفتها للنص القرآنى الذى أوجب أن يكون الحكمان من أهل الزوجين.

وحيث إن من المقرر فى قضاء هذه المحكمة، أن حكم المادة الثانية من الدستور- بعد تعديلها فى ٢٢ من مايو سنة ١٩٨٠ - يقيد السلطة التشريعية اعتبارا من تاريخ

العمل بهذا التعديل وأن مؤداه ألا تناقض تشريعاتها مبادئ الشريعة الإسلامية التي لايجوز الاجتهاد فيها، والتي تمثل ثوابتها- مصدرا وتأويلا- إذ هي عصية على التأويل فلا يجوز تحريفها ، بل يتعين رد النصوص القانونية إليها للفصل في تقرير اتفاقها أو مخالفتها للدستور. ولاكذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدلالتها، أوبهما معا، ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها، ولاتمتد لسواها، إذ هي بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان؛ لضمان مرونتها وحيويتها ولمواجهة النوازل على اختلافها ، تنظيما لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتبرة شرعاً ولايعطل بالتالي حركتهم في الحياة على أن يكون الاجتهاد دوما واقعا في إطار الأصول الكلية للشريعة بما لايجاوزها ملتزما ضوابطها الثابتة، متحريا مناهج الاستدلال على الأحكام العملية والقواعد الضابطة لفروعها ، كافلا صون المقاصد الكلية للشريعة بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال.

وحيث إن الأصل في بعث الحكمين عند وقوع شقاق بين الزوجين هو قوله تعالى « وإن خفتهم شقاق بينهما فأبعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا» ولئن كان اللفظ القرآني الكريم صريحا في دلالته على أن يكون الحكمان من أهل الزوجين أي من ذوى قرابتهما تقديرا من الشارع الحكيم أن ما ينشأ من خلاف منذر بالفرقة بين الزوجين يكون عادة معلوما لدى أهلهما، فضلا عن أن الحكمين - بحكم الوشائج الحميمة المترتبة على تلك القرابة - يكونان أدنى إلى نفس الزوجين فلا يستحيان من الإفضاء لهما بما تنطوى عليه سرائرهما من مكنونات يؤثران- صونا لكرامتهما - عدم

البوح بها لأجانب عنهما؛ بيد أنه وقد سكت العليم الخبير- لحكمة قدرها- عن بيان الحكم إذا لم يكن من بين الأهل من يحوز أهلية التحكيم- وأخصها الرشد والعدالة - أوكان الزوجان ممن لا أهل لهما؛ فكان حتما مقضيا- حتى لايشق الأمر على القاضى - أن يتدخل ولى الأمر لبيان من يجوز اختياره للتحكيم من غير أهل الزوجين فى هذه الحالة؛ وهومانحا إليه النص المطعون فيه - تخريجا على مذهب المالكية الذى استمد منه- حين أجاز للقاضى تعيين أجنبيين ممن لهم خبرة بحال الزوجين وقدرة على الإصلاح وإزالة الخلاف بينهما إن لم يوجد من يصلح من أهلهما لمهمة التحكيم ، وليس ذلك إلا إعمالا للعقل بقدر ما تقتضيه الضرورة بما لاينافى مقاصد الشريعة الإسلامية؛ وبمراعاة أصولها ، وبالتالى فإن النعى على هذا النص بمخالفته للمادة الثانية من الدستور يكون حريا بالرفض.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة برفض الدعوى، ومصادرة الكفالة وألزمت المدعى المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماه .

أمين السر **رئيس المحكمة**

صدر هذا الحكم من الهيئة المبينة بصدره أما السيد المستشار / محمد على سيف الدين الذى سمع المرافعة وحضر المداولة ووقع مسودة هذا الحكم، فقد جلس بدله عند تلاوته السيد المستشار / فاروق عبد الرحيم غنيم.

الحكم الرابع

الصادر برفض الدعوي بعدم دستورية الفقرة

الثانية من المادة ١١ مكرر ا ثانيا

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم السبت ٣ أبريل سنة ١٩٩٩م الموافق ١٧ ذو الحجة سنة ١٤١٩هـ.

برئاسة السيد المستشار / محمد ولى الدين جلال .... رئيس المحكمة

وعضوية السادة المستشارين: ماهر البحيرى ، ومحمد على سيف الدين، وعدلى محمود منصور، ومحمد عبد القادر عبد الله، وعلى عوض محمد صالح ، وأنور العاصى.

وحضور السيد المستشار / عبد الوهاب عبد الرازق .... رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد / حمدى أنور صابر .... أمين السر

اصدرت الحكم الآتي :

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ١٩٧ لسنة ١٩ قضائية (دستورية) .

المقامة من :

السيد / أحمد فؤاد محمد عبد الجواد.

ضد

١- السيد/ رئيس الجمهورية بصفته.

٢- السيد/ رئيس مجلس الوزراء بصفته.

٣- السيد/ رئيس مجلس الشعب بصفته.

٤- السيد/ وزير العدل بصفته.

٥- السيدة سحر عزت زهران نور الدين.

الإجراءات

بتاريخ الرابع من نوفمبر سنة ١٩٩٧، أودع المدعى صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة، طلباً للحكم بعدم دستورية المواد ٧و ١٠ والفقرة الأخيرة من المادة ١١ مكررا (ثانيا) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فى ختامها الحكم أصليا بعدم قبول الدعوى، واحتياطيا برفضها.

وبعد تحضير الدعوى، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها.

ونظرت الدعوى على النحو المبين بمحضر الجلسة، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم.

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة.

حيث إن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى

أن المدعى عليها الخامسة كانت قد أقامت ضد المدعى الدعوى رقم ٣٦٠٩ لسنة ١٩٩٤ أحوال شخصية شمال القاهرة طالبة الحكم بعدم الاعتداد بإنذار الطاعة الموجه إليها من المدعى بتاريخ ١٩٩٤/١٠/١٨. وأثناء نظر الدعوى أضافت المدعى عليها طلبا جديدا بتطليقها من المدعى طلقة بائنة لاستحكام الخلاف واستحالة العشرة بينهما. وبعد أن قدم الحكمان المبعوثان تقريرهما؛ قضت المحكمة بجلسة ١٩٩٧/٦/٢٤ للمدعى عليها بكامل طلباتها. وإذ لم يرتض المدعى ذلك الحكم فقد أقام الاستئناف رقم ٧٢٦ لسنة ١ قضائية « شمال القاهرة» أمام محكمة استئناف القاهرة. وأثناء نظره دفع بعدم دستورية المواد ٧ ، ١٠، ١١ مكررا (ثانيا) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥. وبعد تقديرها لجدية دفعه صرحت له محكمة الموضوع بإقامة دعواه الدستورية فأقام الدعوى الماثلة.

وحيث إن هذه المحكمة سبق أن باشرت رقابتها القضائية على دستورية المادتين السابعة والعاشرة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة١٩٢٩ ، المشار إليه، فأصدرت بجلسة ١٩٩٨/٥/٩ حكمها في القضية رقم ١٢١ لسنة ١٩ قضائية دستورية قاضيا برفض الدعوى بعدم دستورية المادة العاشرة ونشر ذلك الحكم بالجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٩٨/٥/٢١ ثم أصدرت بتاريخ ١٩٩٩/١/٢ حكمها في القضية رقم ١٢ لسنة١٩ قضائية دستورية الذى قضى برفض الدعوى بعدم دستورية المادة السابعة، ونشر بالجريدة الرسمية في ١٩٩٩/١/١٤. إذ كان ذلك، وكانت أحكام هذه المحكمة في المسائل الدستورية قولا فصلا لايقبل تأويلا ولاتعقيبا من أية جهة

كانت، فإن الخصومة الدستورية بالنسبة لهاتين المادتين- وهى عينية بطبيعتها - تكون قد انحسمت فلا رجعة إليها.

وحيث إن المادة ١١ مكررا (ثانيا) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩- التى أصبح الطعن منحصرا فى فقرتها « الأخيرة»- تنص على أنه :

« إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع.

وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة بإعلان على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها، وعليه أن يبين فى هذا الإعلان المسكن.

وللزوجة الاعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائية خلال ثلاثين يوما من تاريخ هذا الإعلان؛ وعليها أن تبين فى صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التى تستند إليها فى امتناعها عن طاعته، وإلا حكم بعدم قبول اعتراضها.

ويعتد بوقف النفقة من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض إذا لم يتقدم به فى الميعاد.

وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض ، أو بناء على طلب أحد الزوجين التدخل لإنهاء النزاع بينهما صلحاً باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة، فإن بان لها أن الخلاف مستحكم وطلبت الزوجة التطليق اتخذت المحكمة إجراءات التحيكم الموضحة فى المواد من ٧ إلى ١١ من هذا القانون».

وحيث إن المدعى ينعى على النص المطعون فيه مخالفته الشرعية الإسلامية؛ تأسيسا على أن استعمال الزوج حقه فى دعوة زوجته للدخول فى طاعته لايعتبر من دواعى

الإضرار أو دليلا على استحكام الخلاف، وإلا أصبح التطليق قيدا على هذا الحق يغرى الزوجة المشاكسة بإبدائه أثناء نظر الاعتراض توصلا لفصم عرى الزوجية، إذ لو كانت جادة فى طلبها هذا لأبدته فى صحيفة الاعتراض . ومن جهة أخرى، فإن مآل إجراءات الاعتراض إما إنهاء النزاع بين الزوجين صلحاً، أوتطليق الزوجة بناء على طلبها، وهو ما يشجع الزوجة على النشوز، ويفضى إلى هدم الأسرة ويغرى الشباب بإيثار العزوبة على الزواج ، وكلها أمور تنافى مقاصد الشريعة.

وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد اطرد على ؛ أن حكم المادة الثانية من الدستور، بعد تعديلها فى ٢٢ من مايو سنة ١٩٨٠ ، يقيد السلطة التشريعية اعتبارا من تاريخ العمل بهذا التعديل، وأن مؤداه ألا تناقض تشريعاتها مبادئ الشريعة الإسلامية التى لايجوز الاجتهاد فيها، والتى تمثل ثوابتها - مصدراً وتأويلاً- إذا هى عصية على التأويل فلا يجوز الخروج عليها أو الالتواء بها عن معناها بل يتعين رد النصوص القانونية إليها للفصل فى تقرير اتفاقها أو مخالفتها للدستور. ولا كذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدلالتها؛ أوبهما معا، ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها، ولاتمتد لسواها؛ إذ هى بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان، لضمان مرونتها وحيويتها ؛ ولمواجهة النوازل على اختلافها ، تنظيما لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتبرة شرعاً ، ولايعطل بالتالى حركتهم فى الحياة ، على أن يكون الاجتهاد دوماً واقعاً فى إطار الأصول الكلية للشريعة بما لايجاوزها، ملتزماً ضوابطها الثابتة؛ متحريا مناهج الاستدلال على الأحكام العملية والقواعد الضابطة لفروعها؛ كافلاً صون المقاصد الكلية للشريعة بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال.

وحيث إن من المقرر- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن حقوق الزوجين وواجباتهما تتقابل فيما بينها، وأن مناط نفقة الزوجة احتباسها لحق زوجها، وكان من مقتضى ذلك أن تقر فى بيته الذى أعده لها، امتثالا لقوله تعالى ﴿ اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولاتضاروهن لتضيقوا عليهن﴾ وقطعا للخلاف حول ادعاء الزوج بامتناع الزوجة عن طاعته بخروجها دون مبرر مشروع من بيت الزوجية ؛ مع ما يرتبه هذا الامتناع - إن صح- من إسقاط لنفقتها؛ فقد استحدث المشرع- بالمادة ١١ مكررا ثانيا المشار إليها- دعوى الاعتراض على إعلان الطاعة، فأجاز للزوج، حال مغادرة الزوجة بيت الزوجية دون مبرر، أن يدعوها إلى العودة إلى هذا البيت بإعلان على يد محضر يعين فيه المسكن تعيينا نافيا للجهالة. وأجاز للزوجة الاعتراض - خلال ثلاثين يوما- على هذه الدعوة، أمام المحكمة الابتدائية، بصحيفة تبين فيها الأوجه الشرعية التى تستند إليها فى الامتناع عن طاعة زوجها.

وحيث إن الفقرة المطعون فيها، أوجبت على المحكمة عند نظر الاعتراض، وقبل الفصل فى موضوعه ، التدخل أولا لإنهاء النزاع صلحا بين الزوجين، من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحدهما. وللمحكمة- فى سبيل ذلك- أن تدعو الزوجين إلى حسن المعاشرة. فإذا قصر جهدها عن بلوغ غايته، وبان لها أن النزاع بين الزوجين مازال عميقا، وخلافهما ما برح مستحكما ، وأن صدع حياتهما لازال غائرا حتى بعد تدخلها لإنهاء شقاقهما صلحاً ، ودعوتهما إلى معاشرة تستقيم بها حياتهما، وطلبت الزوجة التطليق، اتخذت المحكمة إجراءات التحكيم على النحو المبين تفصيلا فى أحكام المواد من السابعة إلى الحادية عشرة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المشار إليه. وإذ كان لايتصور افتراض وقوع شقاق بين الزوجين

يستوجب لجوء المحكمة إلى التحكيم ، إلا بعد تعثر مسعاها للصلح بين الزوجين ، فـإن قالة وجوب إبداء الزوجة طلب التطليق فى صحيفة افتتاح دعوى الاعتراض يكون لغوا.

وحيث إن نص المادة ١١ مكررا ثانياً من المرسوم بقانون المشار إليه قد توخى بالإجراءات التى أنشأها – على تتابع حلقاتها وأحكامها– أن تتروى الزوجة فى طلب التطليق حفاظا على عرى الزوجية من أن تنفصم؛ وسدا لذريعة أن تهتبل الزوجة دعوة الزوج لها بالعودة إلى بيت الزوجية فتبادر إلى إبداء طلب التطليق بمجرد إعلانها بتلك الدعوة، كما تغيا تمهل المحكمة قبل التفريق بين الزوجين ، فألزمها ببذل الجهد فى الإصلاح بينهما ، إعمالا لقوله تعالى ﴿ والصلح خير﴾ أي خير من الفراق– وأوجب عليها أن تسعى بينهما معروفا ناظرة فى أحوالهما مستوضحة خفاياها وأن تلتمس لذلك كل الوسائل توجيها وتبصيرا وتوفيقا، فإذا استبان لها أن جهدها قصر عن بلوغ الأغراض التى توخاها وأن خلافهما قد استحكم بينهما ، كان عليها أن تحيل أمرهما إلى حكمين أو ثلاثة – لمعاودة السعى إلى الإصلاح بينهما – ممن لهم خبرة بحال الزوجين وقدرة على التوفيق وإزالة الخلاف بينهما ، كيما يتعرفوا حالهما ويستظهروا ما خفى بينهما من أسباب النفور لإزالة رواسبها؛ امتثالا لقول الحق سبحانه ﴿ وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا﴾ فإذا ثبت بعد استنفاد السبل متقدمة الذكر أن الأسرة لايصلحها خصام استفحل مداه فمزق تماسكها ووحدتها، ودهمها بالتالى تباغض مستفحل بما يصدر عنها التراحم والتناصف والمودة والرحمة، وكان النص الطعين إذ أجاز – فى نهاية المطاف–

٣٠ مكرر- متى يسلك الزوج طريق دعوة الزوجة إلى الدخول فى طاعته باعلان على يد محضر؟

إذا كانت الزوجة لم تزف إلى زوجها وأوفاها الزوج عاجل صداقها، وامتنعت عن الانتقال إلى مسكن الزوجية، فقد ذكرنا سلفاً أننا نرى أن وسيلة إلزامها بالدخول فى طاعة زوجها بالانتقال إلى مسكن الزوجية هى دعوى الطاعة التى ترفع بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، ولا يجوز للزوج سلوك طريق دعوة الزوجة إلى الدخول فى طاعته باعلان على يد محضر.

أما إذا كانت الزوجة مدخولاً بها وخرجت من مسكن الزوجية دون حق، فللزوج وسيلتان.

الأولى: دعوى الطاعة التى ترفع بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى.

= التفريق بين زوجين أمضاهما نزاع متأصل ، قد هيأ لهما مخرجا يرد عنهما الحرج ويرفع الضرر ويزيل العسر فلا تكون حياتهما وزراً وهضماً ولا عوجاً وأمتاً، وكان ذلك كله واقعا فى إطار الشريعة الغراء، بما لاينافى مقاصدها ، وبمراعاة أصولها ، فإن النعي بمخالفة النص المطعون فيه للمادة الثانية من الدستور ، يكون فاقد الأساس حريا بالرفض .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة برفض الدعوى، وبمصادرة الكفالة، وألزمت المدعى المصروفات، ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماه.

أمين السر **رئيس المحكمة**

الثانية: دعـوة الزوج إيـاهـا للعودة إلى مسكن الزوجية باعلان على يـد محـضر، وللزوج الخيار بين الوسيلتين.

إلا أننا ذكرنا أن محكـمة النقـض خالفت الـرأى الســابق بالنسبـة للزوجة غير المدخول بها، وذهبت فى الطعون رقم ٢٠١ لسنة ٥٩ق بتاريخ ١٩٩٣/٢/١٦، ٨٣ لسنة ٦٠ق بتــاريخ ١٩٩٣/٥/٢٥ ، ٣١٨ لسنة ٦٣ق بتاريخ ١٩٩٨/١/٥ إلى أنه يجوز للزوج دعوتهـا إلى الدخـول فى طـاعتـه بطـريق الإعـلان على يد محضر، شـأنهـا فى ذلك شأن الزوجة المدخول بها التى خرجت من منزل الزوجية على حد سـواء.

وإذا انفصـمت عـلاقة الزوجية بين الزوجين بالطـلاق البائن فلا يجوز للزوج دعوة الزوجـة إلى العودة لمسكن الزوجية لأنــه لا طاعة على مطلقة بائنا لمن طلقت عليه، إذ أن الطلاق البائن يزيل الملك.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١ - «وحـيث إن هـذا النعـى فى محلـه، ذلك أنـه لمـا كان النص فى المـادة ٦ مكرراً ثانياً من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن تعتبر الزوجة ممتنعة عن طاعة الزوج دون حق «إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعـوة الـزوج اياها للعودة على يد محضر... وللزوجة الاعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائيـة... وعلى المحكمـة عند نظر الاعتـراض... التدخل لانهـاء النزاع بينهـما صلحاً... فاذا بان لها أن الخلاف مستحكم وطلبت الزوجة التطليق اتخذت المحكمة اجراءات التحكيم الموضحة فى المواد من ٧ إلى ١١ من هذا القانون» مفاده أن دعوى اعتراض الزوجة على دعوة زوجها لها بالدخول فى

طاعته انما هى من دعاوى الزوجية حال قيامها، فإذا طلبت هذه الزوجة التطليق سواء من خلال دعوى الاعتراض أو بدعوى أُخرى مستقلة وقضى لها به فإن علاقة الزوجية بين الطرفين تكون قد انفصمت ويتعين فى هذه الحالة الحكم بعدم الاعتداد باعلانها بالدخول فى الطاعة واعتباره كأن لم يكن لأنه لا طاعة على مطلقة لمن طلقت عليه، وكان الثابت أن الطاعنة قدمت أمام محكمة الموضوع صورة رسمية من الحكم الصادر فى الدعوى رقم ٨٣٦ لسنة ١٩٨٣ كلى أحوال شخصية جنوب القاهرة بتطليقها على المطعون ضده طلقة بائنة وهو ما لم ينقض دلالته على انفصام العلاقة الزوجية بينهما فان الحكم المطعون فيه إذ قضى رغم ذلك بتأييد الحكم الابتدائى برفض اعتراض الطاعنة على الدخول فى طاعة المطعون ضده يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه».

(طعن رقم ٩٢ لسنة ٥٤ق أحوال شخصية - لم ينشر- جلسة ١٩٨٧/٣/٣١ ذات المبدأ طعن رقم ٦٧ لسنة ٥٤ق أحوال شخصية جلسة ١٩٨٥/٣/١٩- لم ينشر)

٢- «دعوى اعتراض الزوجة على دعوة زوجها لها للعودة لمنزل الزوجية إنما هى من دعاوى الزوجية حال قيامها فإذا طلبت الزوجة التطليق سواء من خلال دعوى الاعتراض أو بدعوى أخرى مستقلة وقضى لها بطلبها بحكم نهائى، فإن علاقة الزوجية بين الطرفين تكون قد انفصمت ويتعين فى هذه الحالة الحكم بعدم الاعتداد بإعلانها للعودة لمنزل الزوجية واعتباره كأن لم يكن إذ لا طاعة لمطلقة لمن طلقت عليه».

(طعن رقم ٤٣ لسنة ٥٨ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٠/٤/٢٣)

٣- «دعوى اعتراض الزوجة على دعوة زوجها لها بالدخول فى طاعته من دعاوى الزوجية حال قيامها. القضاء للزوجة بالتطليق. أثره عدم الاعتداد بإعلانها بالدخول فى طاعته علة ذلك».

(طعن رقم ٨ لسنة ٦٠ق «أحوال شخصية جلسة ١٥/١٢/١٩٩٢)[1]

١ وإذا وجه الزوج إلى زوجته إعلانا يدعوها فيه لطاعته ثم طلقها وراجعها من بعد قبل انتهاء العدة فإنها إذا لم تمتثل بعد المراجعة لهذا الإنذار بالعودة إلى منزل الزوجية تعتبر ناشزا دون حاجة إلى توجيه إنذار آخر.

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض في حكم حديث لها ذهب فيه إلي أن:

« المقرر في فقه الحنفية – وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة-أن الطلاق الرجعي لايغير شيئا من أحكام الزوجية القائمة، فلا يزيل الحل ولا الملك ، وليس له من أثر سوى الانتقاص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج ولاتزول حقوق الزوج على زوجته إلا بانقضاء العدة ، فالرجعة هى استدامة ملك النكاح متى تمت قبل انتهاء العدة، وهي ليست إنشاء لعقد زواج جديد فلا يلزم لها عقد ومهر جديدان بل هى امتداد للزوجية القائمة وتكون

---

(١) **وبالترتيب على ذلك قضت محكمة النقض بأن:**

«الدفاع المنتج فى الدعوى. ماهيته. إقامة الحكم قضاءه بعدم الاعتداد بإنذار الطاعة على سند من تطليق المطعون ضدها على الطاعن والنعى عليه بالإخلال بحق الدفاع لالتفاته عن طلب عرض الطاعن على الطب الشرعى. غير منتج».

(طعن رقم ٢١٠ لسنة ٦٠ق «أحول شخصية» جلسة٣١/٥/١٩٩٤)

بالقول أوبالفعل ولايشترط الإشهاد عليها ولارضا الزوجة ولاعلمها، بما مفاده أنه إذا وجه الزوج لزوجته إعلانا يدعوها فيه لطاعته ثم طلقها وراجعها من بعد قبل انتهاء العدة فإنها إذا لم تمتثل بعد المراجعة لهذا الإنذار بالعودة لمنزل الزوجية تعتبر ناشزا دون حاجة لتوجيه إنذار آخر لأن أثر الإنذار الذى وجه من قبل يظل باقيا ببقاء الزوجية إذا أن المطلقة من طلاق رجعى تعتبر زوجة حكما أثناء العدة» .

(طعن رقم ٣٢٦ لسنة ٦٣ق- أحوال شخصية- جلسة ١٩٩٨/٣/٣٠)

٣١ - مضمون إنذار الطاعة:

استحدث النص طريقاً جديداً لدعوة الزوجة المدخول بها التى خرجت من منزل الزوجية دون حق، إلى العودة إلى منزل الزوجية أى الدخول فى طاعة زوجها طبقاً لرأينا الذى فصلناه سابقاً - وبالنسبة للزوجة المدخول بها وغير المدخول بها كما ذهبت محكمة النقض - هو دعوتها إلى العودة إلى منزل الزوجية باعلان على يد محضر وهو ما أطلق عليه فى العمل (انذار الطاعة) وهى التسمية للتى سنستعملها فى الشرح.

وهذا الانذار يقتضى أن يذكر الزوج فيه أن المعلَن إليها زوجة له بصحيح العقد الشرعى، وقد خرجت عن طاعته بأن تركت منزل الزوجية دون حق أو أنها امتنعت دون حق عن الدخول فى طاعته إن كانت غير مدخول بها طبقاً لقضاء النقض، وأنه يدعوها إلى منزل الزوجية وإلا سقطت نفقتها.

وقد أوجب النص على الزوج أن يبين فى الانذار المسكن أى مسكن الطاعة الذى يدعوها إلى طاعته فيه. ومقتضى ذلك أن يذكر فيه وصف المسكن سواء كان ڤيلا أو شقة أو حجرة واسم الناحية والشارع الكائن به

ورقمه وأسماء جيرانه من الجهات الأربع الشمالية (البحرية) والجنوبية (القبلية) والشرقية والغربية.

وايجاب الشارع ذكر مسكن الطاعة، دون ذكر توافر الشروط الأخرى التى أوجبتها الشريعة لالزام الزوجة بطاعة زوجها، يعنى أن عدم ذكر توافر هذه الشروط فى الانذار ليس واجباً، فلا يلزم مثلاً أن يذكر فى انذار الطاعة أنه أوفاها عاجل صداقها أو أنه أمين عليها وعلى مالها.

وقد أوجب الشارع بيان مسكن الطاعة بالذات بالانذار لتكون الزوجة على بينة منه ويتسنى لها الوقوف على مدى شرعيته، فتحدد موقفها من الاعتراض على انذار الطاعة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- «الفقرة الثانية من المادة السادسة مكرر ثانياً من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ إذ أوجبت على الزوج أن يبين فى الإعلان الموجه منه لزوجته المسكن الذى يدعوها للعودة إليه، فقد أفادت أن يكون هذا البيان - الوارد فى الإعلان كافياً بذاته لإعلام الزوجة بهذا المسكن إعلاناً يمكنها من معرفته والاهتداء إليه، وحتى تتبين - عند اعتراضها عليه - أوجه الاعتراض التى تستند إليها فى امتناعها عن طاعة زوجها فيه، فإذا كان هذا الإعلان ناقص البيان أو جاء مبهماً أو غير مقروء لا يمكن الزوجة من التعرف على المسكن المبين فيه فإنه يفقد صلاحيته للغرض الذى أعد له ويعتبر فى شأنه كأن لم يكن. لما كان ذلك وكان تقدير كفاية البيان الوارد فى الإعلان أو عدم كفايته من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع متى أقام قضاءه على أسباب تكفى لحمله، وكان الثابت من ورقة الإعلان المعلنة للمطعون ضدها بتاريخ.... بناء على طلب الطاعن أنه لم يرد بيان المسكن الذى يدعوها إليه بياناً واضحاً يمكن الشخص العادى من قراءته وتحديده والتعرف عليه، فإن الحكم

المطعون فيه إذ أقام قضاءه بعدم الاعتداد به على سند مما قدره من أن الإعلان لا يكفى للتدليل على مسكن الزوجية بما يفقده صلاحيته وهو من الحكم استخلاص سائغ له أصله الثابت فى الأوراق ويؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها، وإذ يدور النعى حول تعييب هذا الاستخلاص فإنه لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً فى تقرير أدلة الدعوى مما لا يجوز إثارته أمام هذه المحكمة».

(طعن رقم ٢ لسنة ٥٨ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٨٩/١٢/٢٦)

٢- « إعلان الزوج زوجته بالدخول فى طاعته. وجوب اشتماله بذاته على بيان كاف للمسكن الذى يدعوها للعودة إليه. م١١ مكررا ثانيا من م بق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . علة ذلك. ورود البيان ناقصا أو مبهما . أثره. اعتبار الإعلان كأن لم يكن» .

(طعن رقم ٣٤٠ لسنة ٦٣ ق- أحوال شخصية- جلسة ١٩٩٨/٣/٣٠)

وإنذار الطاعة ورقة من أوراق المحضرين، وعلى ذلك يجب أن يتضمن البيانات المنصوص عليها فى المادة ٩ من قانون المرافعات وهى:

١- تاريخ اليوم والشهر والسنة والساعة التى حصل فيها الإعلان.

٢- اسم الطالب ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه واسم من يمثله ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه وكذلك ان كان يعمل لغيره.

٣- اسم المحضر والمحكمة التى يعمل بها.

٤- اسم المعلن إليه ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه فان لم يكن موطنه فإن لم يكن موطنه معلوماً وقت الاعلان فآخر موطن كان له.

٥- اسم وصفة من سلمت إليه صورة الورقة وتوقيعه على الأصل بالاستلام.

٦- توقيع المحضر على كل من الأصل والصورة[١].

ولا يلزم توقيع محام على انذار الطاعة عملاً بالمادة ٥٨ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ (المعدل) باصدار قانون المحاماة لأن انذار الطاعة ليس بصحيفة دعوى.

ويترتب على عدم بيان مسكن الطاعة فى الانذار بطلان الإنذار. وهو ما عبرت عنه محكمة النقض باعتباره كأن لم يكن. (راجع نقض ١٩٨٩/١٢/٢٦ سالف الذكر).

كما يترتب على عدم ذكر البيانات المنصوص عليها فى المادة التاسعة مرافعات سالفة الذكر بطلان الانذار عملاً بالمادة ١٩ مرافعات التى تجرى

---

(١) قارن الدكتور عبدالناصر العطار ص٧٥ إذ يرى أن انذار الطاعة بديل عن دعوى الطاعة فيجب أن يتضمن كصحيفة عدوى الطاعة - ما يدل على أن الزوج على حق فى ادعائه بأن يذكر فى هذا الانذار أنه تزوج بالمعلن إليها زواجا شرعيا صحيحا وأوفاها عاجل صداقها وأنه أمين عليها وقد هيأ لها مسكناً شرعياً مستكملا المرافق والأدوات الشرعية ويبين عنوان هذا المسكن وأسماء جيرانه.

وشريف كامل ص٢٥ إذ يذهب إلى أن اشتراط المادة أن يبين الزوج فى الإعلان مسكن الزوجية يوحى بأن سبب امتناع الزوجة عن طاعة زوجها - فى نظر المشرع - كان بسبب مسكن الزوجية، وهو أمر لا يصدق فى كل الأحوال إذ قد يكون سبب امتناع الزوجة سبباً آخر مثل مطالبة الزوجة بعاجل صداقها وعدم الوفاء به، وأياً كان الحال، فيجب على الزوج فى جميع الأحوال أن يبين مسكن الزوجية فى الاعلان حسبما استلزمت المادة ذلك. كما يجب عليه أن يوضح فى الإعلان موقفه بالنسبة للسبب الحقيقى الذى امتنعت الزوجة من أجله عن طاعته.

على أن: «يترتب البطلان على عدم مراعاة المواعيد والإجراءات المنصوص عليها فى المواد ٦، ٧، ٩، ١٠، ١١، ١٣» - ويراعى فى تقرير البطلان ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٢٠ مرافعات من أنه: «ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء».

والشكل ليس هو الإجراء، فالإجراء أو العمل الإجرائى هو عمل قانونى يجب أن تتوافر فيه شروط معينة من بينها الشكل الذى يحدده القانون، والبيان ليس سوى شكل من أشكال العمل، فلا يكفى لعدم الحكم بالبطلان مجرد اثبات تحقق الغاية من الإجراء بل يجب تحقق الغاية من الشكل (البيان)، وتطبيق هذه القاعدة بالنسبة للبيانات المنصوص عليها بالمادة ٩ مرافعات بصدد إنذار الطاعة يؤدى إلى ما يأتى:

١ - إذا لم يشتمل الإنذار على البيان الأول فيما يتعلق بتاريخ اليوم والشهر والسنة التي حصل فيها الإعلان، فان الانذار يكون رغم إعلانه باطلاً لعدم تحقق الغاية من بيان التاريخ لأن التاريخ يؤدى وظيفة معينة فى الانذار، إذ يبدأ من اليوم التالى له ميعاد الاعتراض على الانذار كما سنرى.

أما إذا لم يشتمل على ساعة الإعلان، فلا يترتب على ذلك البطلان، ما لم تدع المعلن إليها حصوله في ساعة يمنع القانون اتمامه فيها.

٢ - إذا لم يشتمل الانذار على البيان الثانى (اسم الطالب ولقبه ومهنته أو وظيفته... إلخ) فإن ذلك لا يترتب عليه البطلان مادامت بقية البيانات لا تترك

مجالاً للشك في معرفة شخصية الطالب، لأن القصد من هذا البيان تحديد شخصية المعلن تحديداً نافياً للجهالة.

٣- إذا لم يشتمل الانذار على البيان الثالث (اسم المحضر والمحكمة التى يعمل بها) فلا يترتب على ذلك البطلان إذا كان المحضر قد وقع على الانذار بشرط أن يبدو من الانذار ما يفيد تحديد المحكمة التابع لها. لأن الغرض من بيان اسم المحضر هو التثبت من أن الاعلان قد تم على يد موظف مختص باجرائه ويغنى عنه امضاء المحضر (١).

فإذا لم تشتمل الورقة لا على اسم المحضر ولا على امضائه أو كان لا يمكن الوقوف من الانذار على المحكمة التابع لها كان الانذار باطلاً.

ولا يبطل الانذار أن يكون اسم المحضر غير واضح وضوحاً كافياً أو غير مقروء مادام لم يدع أن من قام بالإعلان من غير المحضرين(٢).

٤- إذا لم يشتمل الانذار على البيان الرابع (اسم المعلن إليه ولقبه ومهنته... الخ) فانه يسرى فى شأنه ما أوردناه بالنسبة للبيان الثانى.

٥- إذا لم يشتمل الانذار على البيان الخامس (اسم وصفة من سلمت

---

(١) أحمد أبو الوفا نظرية الدفوع فى قانون المرافعات - الطبعة الرابعة ١٩٦٧ - ص٣٥٥٣.

(٢) نقض طعن رقم ٨ لسنة ٢٨ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٦١/٦/١ - طعن رقم ٢٢ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٦٣/٥/٣٠ - طعن ١١٢ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/١٢/٢٥ - طعن ٥٣٢ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٧٠/٥/٥.

إليه صورة الاعلان وتوقيعه على الأصل بالاستلام) فإنه يترتب على ذلك بطلان الانذار، لأن الغرض من هذا البيان التحقق من أن الانذار سلمت صورته لشخص يجوز تسليم الصورة إليه.

٦- إذا لم يشتمل الانذار على البيان السادس (توقيع المحضر على كل من الأصل والصورة)، فإن الانذار يبطل لان توقيع الموظف شرط لازم لصحة الورقة الرسمية وبغيره لا يكون للورقة هذه الصفة[١].

ولا يبطل الانذار أن يكون توقيع المحضر بخط غير واضح وضوحاً كافياً أو غير مقروء، مادام لم يدع بأن من قام باجراء الاعلان من غير المحضرين[٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«الحكم بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها. شرطه. اتحاد الموضوع والخصوم والسبب. الحكم فى اعتراض بعدم الاعتداد بإعلان الطاعة لخلوه من بيان مسكن الزوجية لا يمنع من نظر الاعتراض الثانى المبنى على أن المسكن غير مستوف شرائطه الشرعية وعدم أمانة المطعون ضده. علة ذلك».

(طعن رقم ١١٦ لسنة ٥٨ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩١/١/١٥)

---

(١) أحمد أبو الوفا فى نظرية الدفوع ص٣٥٢ وما بعدها - نقض طعن رقم ٥٨٤ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٧/١٢/٧.

(٢) نقض طعن رقم ٨ لسنة ٢٨ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٦١/٦/١ - طعن رقم ٢٢ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٦٣/٥/٣٠ - طعن رقم ١١٢ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/١٢/٢٥ - طعن رقم ٥٣٢ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٧٠/٥/٥.

٣٢- اعلان انذار الطاعة إلى شخص الزوجة أو من ينوب عنها:

نصت الفقرة الثانية من المادة على أن اعلان انذار الطاعة يكون لشخص الزوجة أو من ينوب عنها.

وكان نص الفقرة الوارد بالاقتراح بمشروع القانون وأقرته اللجنة المشتركة بمجلس الشعب لا يشترط أن يكون الاعلان لشخص الزوجة أو من ينوب عنها. فعدلت الفقرة حال مناقشة القانون بمجلس الشعب على هذا النحو(١).

والمقصود بمن ينوب عن الزوجة، هو من ينوب عنها اتفاقاً

---

(١) كان نص الفقرة كالآتى:

«وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج اياها للعودة على يد محضر وعليه أن يبين فى هذا الاعلان المسكن».

وقد عدلت الفقرة بناء على اقتراح من السيد العضو السيد اسماعيل السمنودى حيث قال:

«ان المادة تتضمن أن الزوجية تعتبر ممتنعة إذا لم تعد إلى منزل الزوجية بعد دعوة الزوج اياها على يد محضر، وقد سبق لنا أن ذكرنا أن هناك خطورة بالنسبة للاعلان على يد محضر، وقد لا يصل الاعلان للزوجة فى خلال مدة العشرة الأيام، وهذا أمر خطير جداً.

ولذلك فاننى أقترح أن يكون الاعلان **لشخصها أو من ينوب عنها** لانه إذا لم يصلها الاعلان خلال مدة العشرة الأيام واتخذت الاجراءات اللازمة فى تظلمها من الطاعة فإن ذلك سيترتب عليه سقوط حقها فى النفقة وقد لا تصل القضية إلى القاضى كى يوفق بينهما صلحاً».

(مضبطة مجلس الشعب الطبعة المؤقتة الجلسة ٩٨ بتاريخ أول يوليو سنة ١٩٨٥).

أى الوكيل أو شرعاً كالولى على النفس كما لو كانت الزوجة مجنونة أو معتوهة[١].

ويصح الاعلان لوكيل الزوجة ولو كان الانذار يتجاوز نطاق الوكالة[٢].

ولا يشترط أن يكون الوكيل ساكناً مع الزوجة.

والاعلان لشخص الزوجة أو من ينوب عنها جائز فى أى مكان يوجد فيه وقت الاعلان سواء وجد فى موطن الزوجة أو فى مكان آخر، غير أنه إذا تم الاعلان لشخص الزوجة أو من ينوب عنها خارج موطنهما تعين على المحضر التحقق من شخيصتهما[٣].

وبالترتيب على ما تقدم، إذا توجه المحضر إلى موطن الزوجة لاعلانها بالانذار فلم يجدها، فلا يجوز له تسليم الاعلان إلى من يقرر أنه يعمل فى خدمتها أو أنه من الساكنين معها من الأقارب والاصهار طبقاً لما تقضى به الفقرة الثانية من المادة العاشرة مرافعات وإلا كان الاعلان باطلاً، ذلك أن حكم الفقرة الثانية من المادة (١١ مكرراً ثانياً) جاء استثناء من الحكم العام الوارد بالفقرة الثانية من المادة العاشرة مرافعات.

---

(١) تعليق مقرر اللجنة المشتركة حال مناقشة المادة (٥ مكررا) بالمجلس إذ قرر:

«مع احترامى لرأى السيد الدكتور السيد على السيد فإن اضافة عبارة أو وكيلها تكون فى حالة ما إذا افترضنا أن لكل زوجة وكيلاً، ولكن ما الحكم لو أن زوجة لم توكل عنها أحداً هنا نستطيع أن نأتى بعبارة شاملة هى «أو وليها» أى الولى بصفة عامة لأن الولاية أشمل وربما يكون ليس بقاصر فالنص فى تقديرى بهذا الشكل أوقع ويؤدى الغرض الذى نريده».

(مضبطة مجلس الشعب الطبعة المؤقتة الجلسة ٩٧ بتاريخ أول يوليو سنة ١٩٨٥).

(٢) المذكرة الايضاحية لقانون المرافعات الجديد.

(٣) الدكتور رمزى سيف - الوسيط فى شرح قانون المرافعات الطبعة الثامنة ١٩٦٨/١٩٦٩ ص٤٤٥.

وإذا لم يجد المحضر الزوجة أو من ينوب عنها فى موطنها، أو وجد أحدهما وامتنع عن التوقيع على أصل الانذار بالاستلام أو عن استلام الصورة، تعين اتباع حكم المادة ١١ من قانون المرافعات التى توجب على المحضر فى هذه الحالة تسليم صورة الانذار فى اليوم ذاته إلى مأمور القسم أو المركز أو العمدة أو شيخ البلد الذى يقع موطن المعلن إليه فى دائرته حسب الأحوال. وعليه خلال أربع وعشرين ساعة أن يوجه إلى المعلن إليه فى موطنه الأصلى كتاباً مسجلاً يخبره فيه أن الصورة سلمت إلى جهة الإدارة(١).

---

(١) وقد أفصحت عن ذلك المناقشات التى دارت بمجلس الشعب حول نص المادة (٥ مكررا).

فقد قرر السيد رئيس المجلس انه:

«.. لذلك يجب أن ينطوى اعلان الطلاق لشخصها فإذا لم تكن موجودة أو كانت موجودة وامتنعت عن استلام الاعلان فى هذه الحالة تتبع القواعد المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية والتى تلزم المحضر فى هذه الحالة بالذهاب إلى القسم ويثبت هذا ثم يرسل خطاباً مسجلاً إلى المعلن إليه خلال أربع وعشرين ساعة».

كما قرر السيد العضو مختار هاني:

«... فإذا لم تكن المطلقة موجودة وقت الإعلان لتتسلمه بشخصها فإن الحل فى هذه الحالة يكون بإعمال قواعد قانون المرافعات فى مثل هذه الجزئية ونقول لشخصها وفقاً للإجراءات المبينة بقانون المرافعات المدنية والتجارية...».

وقرر السيد العضو ممتاز نصار:

«.. لأن المطلقة أحياناً يكون لها وكيل وأحياناً أخرى لا يكون لها وكيل وهنا نكون قد عطلنا النص فى مواضع كثيرة وهذا لا يجوز فالإعلان يكون لشخصها، طبقاً للقواعد المقررة..».

(مضبطة مجلس الشعب الطبعة المؤقتة الجلسة ٩٧ بتاريخ أول يوليو سنة ١٩٨٥ ص٧، ١٠).

ويجب على المحضر أن يبين ذلك كله فى حينه فى أصل الإعلان وصورته ويعتبر الإعلان منتجاً لآثاره من وقت تسليم الصورة إلى من سلمت إليهقانوناً.

وقد قصد من ايجاب حصول الإعلان لشخص الزوجة أو من ينوب عنها ضمان وصول الإعلان إليها فى المدة التى حددها النص للاعتراض على انذار الطاعة حتى لا يفوت عليها فرصة الاعتراض عليه إذا تراءى لها ذلك، فقد يتسلم أحد الساكنين معها من الأقارب أو الاصهار أو أحد ممن يعمل فى خدمتها الانذار ولكنه يتراخى لسبب أو لآخر فى تسليمه إليها(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- «دعوة الزوج زوجته للعودة لمنزل الزوجية، بإعلان على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها. ثبوت أن الطاعنة تشارك المطعون ضده الإقامة فى مسكن الزوجية. إعلانها فى غير موطنها والحكم بعدم قبول اعتراضها شكلاً تأسيساً على صحة هذا الإعلان خطأ فى تطبيق القانون».

(طعن رقم ٢٩ لسنة ٥٩ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩١/٦/١١)

٢- وحيث إن النعى غير سديد، ذلك بأن الأصل فى إعلان أوراق

---

(١) فى هذا المعنى اقتراح السيد العضو السيد اسماعيل السمنودى حال مناقشة المادة بمجلس الشعب (**مضبطة مجلس الشعب الطبعة المؤقتة الجلسة رقم ٩٨ بتاريخ أول يوليو سنة ١٩٨٥ ص٣**).

المحضرين أن يتصل علم المعلن إليه يقيناً بتسليم صورة الإعلان إلى ذات المعلن إليه أو نائبه وهذا ما نصت عليه المادة ١١ مكرراً ثانياً من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ والمادة العاشرة من قانون المرافعات ، إلا أن المشرع اكتفى بالعلم الافتراضى إذا تعذر الإعلان لشخص المراد إعلانه أو نائبه إذا سلمت صورة الإعلان لصاحب صفة فى تسلمها غير المراد إعلانه كجهة الإدارة، ومن ذلك حالة توجه المحضر لمسكن المعلن إليه فوجده مغلقاً وكان التخصيص بالذكر لاينفى الحكم عما عداه ، فإن نص المادة ١١ مكررا ثانياً من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على تسليم الإعلان للزوجة بدعوتها للدخول فى طاعة زوجها لشخصها أو من ينوب عنها، لاينفى إعمال القواعد العامة فى قانون المرافعات، وذلك إعمالاً للمادة الخامسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ التى أوجبت إتباع أحكام قانون المرافعات فى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف عند عدم وجود نص فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين الأخرى المكملة لها، مما مقتضاه أنه إذا لم يجد المحضر من يصح تسليم صورة الإعلان إليه كأن وجد مسكنه مغلقاً فعليه عملاً بالمادة ١١ من قانون المرافعات تسليم صورة الإعلان إلى جهة الإدارة مع توجيه كتاب مسجل للزوجة يتضمن أن صورة الإعلان سلمت لهذه الجهة والعبرة فى تحديد تاريخ الإعلان عندئذ- على ماجرى به قضاء هذه المحكمة - بتاريخ تسليم الصورة المعلنة إلى جهة الإدارة لابيوم وصول الكتاب المسجل إلى المعلن إليه، ولايجوز المجادلة فى إرسال الكتاب المسجل متى أثبت المحضر ذلك إلا بطريق الطعن بالتزوير، لما كان

ذلـك، وإذ أثبت المحضر بأصل ورقة الإعلان أنه توجه إلى مسكن الطاعنة فوجده مغلقاً فقام بتسليم صورة الإعلان لقسم الزيتون فى ذات اليوم ثم أخطر الطاعنة بذلك بمقتضى كتاب مسجل، ومن ثم فإن الإعلان يكون قد تم صحيحا، وما أثارته الطاعنة من أن الإعلان قد وصل إليها فى تاريخ لاحق وأنها لم تتسلم الكتاب المسجل لايؤبه له إذ أن العبرة فى تمام الإعلان بتاريخ تسلم جهة الإدارة لصورة الإعلان، لا سيما أن الطاعنة لم تطعن بالتزوير على ما أثبته المحضر بورقة الإعلان فإن الإعلان يكون قد تم صحيحا وفقا لما يتطلبه القانون، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإن النعى يكون على غير أساس.

وحيث إن الطاعنة تنعى بالسببين الثانى والثالث على الحكم المطعون فيه القصور فى التسبيب وفى بيان ذلك تقول إنها تمسكت أمام محكمة الموضوع بدرجتيها بأن المحضر لم يبين بورقة الإعلان كيف تحقق من غلق مسكنها وما إذا كان لم يجد من يصح تسليم الإعلان إليه كما تمسكت بعدم وصول الكتاب المسجل إليها، واستندت فى ذلك إلى شهادة من هيئة البريد إلا أن الحكم لم يتناول هذا الدفاع بالرد والتمحيص وهو ما يعيبه ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعى غير صحيح ذلك لأنه طالما تم الإعلان صحيحاً على نحو ما سلف فإن ما أثارته الطاعنة لاينطوى على دفاع جوهرى صحيح إذ لايتغير به وجه الرأى فى الدعوى، لاسيما أن الشهادة المقدمة من الطاعنة

لم تتضمن أن الكتاب المسجل لم يصل إليها، ومن ثم فإن النعى يكون على غير أساس.

ولما تقدم يتعين رفض الطعن».

(طعن رقم ٩٥ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٦/١/١١)

٣- « وجوب تطبيق قانون المرافعات فى كيفية إعلان دعوة الزوج لزوجته للدخول فى طاعته. علة ذلك. التزام المحضر بتسليم ورقة الإعلان لجهة الإدارة . شرطه. المادتان ٢/١٠ ، ١١ مرافعات».

(طعن رقم ٣٢٦ لسنة ٦٣ق- أحوال شخصية- ١٩٩٨/٣/٣٠)

﴿٣٣﴾ أثر انذار الطاعة على نفقة الزوجة:

إذا أعلنت الزوجة بانذار الطاعة، وامتثلت لما جاء بالانذار وعادت إلى طاعة زوجها فإن الانذار يكون قد حقق غرضه، وتستحق الزوجة بالتالى نفقتها.

أما إذا أعلنت الزوجة بالانذار وانقضى ميعاد الاعتراض عليه وهو - كما سنرى - ثلاثون يوماً، دون أن تعترض عليه، فإن نفقتها توقف من اليوم التالى لانتهاء ميعاد الاعتراض، ذلك أن المشرع اعتبر عدم اعتراض الزوجة على انذار الطاعة فى الميعاد المذكور قرينة لا تقبل اثبات العكس على امتناعها

عن العودة إلى طاعة زوجها دون حق. ومعنى ذلك أنه لا يترتب على مجرد إعلانها بالانذار وعدم عودتها إلى منزل الزوجية وقف نفقتها وانما يجب أن تمضى مدة الاعتراض دون تقديمه(١).

إلا محكمة النقض ذهبت فى حكم حديث لها إلى أن النفقة توقف من تاريخ إعلانها للدخول فى طاعة الزوج.

إذ قضت بجلسة ١٩٩٨/٣/٣٠ فى الطعن رقم ٣٢٦ لسنة ٦٣ق - أحوال شخصية - بأن :

انتهاء ميعاد اعتراض الزوجة على إعلان الزوج لها بالدخول فى طاعتة. يسقط حقها فى الاعتراض. أثره. اعتبارها ناشزا من تاريخ الإعلان وتوقف نفقتها».

---

(١) وصياغة المادة فى هذا الشأن جاءت غير دقيقة وتؤدى إلى اللبس، ذلك أن ظاهرها يوحى بأنها حددت ميعادين لوقف النفقة، لانها نصت فى فقرتها الأولى على وقف نفقة الزوجة من تاريخ امتناعها عن طاعة زوجها دون حق، واعتبرت فى فقرتها الثانية الزوجة ممتنعة عن الدخول فى طاعة زوجها دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة على يد محضر..، وكان مقتضى ذلك أن توقف نفقتها من تاريخ هذا الاعلان، ولكنها أردفت فى الفقرة الثالثة، أنه يعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض، إذا لم تتقدم به فى الميعاد فكأنها نصت على تاريخ آخر لوقف النفقة يناقض التاريخ الأول.

أما إذا اعترضت الزوجة على انذار الطاعة فإن نفقتها لا توقف وتستمر الزوجة فى تقاضى نفقتها حال نظر الاعتراض أمام المحكمة الابتدائية وأمام محكمة الاستئناف إذا طعنت الزوجة فى الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية، ولا يعتد بوقف الزوج للنفقة.

فإذا حكم نهائياً في الاعتراض على انذار الطاعة برفض الاعتراض والاعتداد بانذار الطاعة أو بعدم قبوله بسبب شكلى فإن نفقة الزوجة توقف ابتداء من اليوم التالى للحكم النهائى.

والفقرة الأولى من المادة وان نصت على أن «توقف نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع» مما يفيد أن النفقة توقف بحكم القانون، وحكم القاضى كاشف له فقط، إلا أنه يجب على الزوج أن يدفع بنشوز الزوجة أمام المحكمة التى تنظر دعوى النفقة وأن يقدم الدليل على نشوزها.

ويمكن للزوج اثبات نشوز الزوجة بما يأتى:

١ - تقديم أصل انذار الطاعة المعلن لشخص الزوجة أو من ينوب عنها، وشهادة من جدول المحكمة المختصة تفيد عدم اعتراضها عن الانذار خلال الميعاد القانونى.

٢ - صورة رسمية من الحكم الصادر فى الاعتراض المرفوع من الزوجة على انذار الطاعة القاضى برفض الاعتراض والاعتداد بانذار الطاعة، وشهادة من الجدول تفيد عدم الطعن على هذا الحكم بالاستئناف، أو شهادة تفيد الطعن عليه وتأييد الحكم المستأنف، أو صورة رسمية من الحكم الصادر من محكمة الاستئناف.

إنما لا يجوز للزوج الاستناد فى اثبات نشوز الزوجة إلى تقديمها الاعتراض على انذار الطاعة بعد الميعاد، لأن المحكمة التى تنظر الاعتراض هى المختصة بالفصل فى هذه المسألة.

وتطبيقاً لما تقدم قضى بأن:

١- «... من المقرر أنه إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقتها من تاريخ الامتناع إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة بإعلان على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها وعليه أن يبين فى هذا الإعلان المسكن وللزوجة الاعتراض على هذا الانذار أمام المحكمة الابتدائية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ هذا الإعلان وعليها أن تبين فى صحيفة الاعتراض أوجه الاعتراض الشرعية والا حكم بعدم قبول اعتراضها. ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض إذا لم تتقدم به فى الميعاد وذلك عملاً بالمادة ١١ مكرراً ثانياً من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.

وحيث أنه اعمالاً لما سلف ولما كان المدعى قد أنذر زوجته المدعى عليها وأعلنها بهذا الانذار فى ١٩٨٦/٩/٩ ولم تعترض على هذا الانذار فى الميعاد القانونى ومن ثم فإنها تكون خارجة عن طاعة زوجها وتقضى المحكمة بنشوزها من تاريخ ١٩٨٦/١٠/٩ فوات المهلة القانونية».

(بندر شبين الكوم الجزئية للأحوال الشخصية - جلسة ١٩٨٧/١٠/٢٧ - الدعوى رقم ٦٢ لسنة ١٩٨٧)

٢- «وحيث أنه من المقرر قانوناً أن الأصل فى الزوجة الطاعة لزوجها فإذا امتنعت عن طاعته بدون حق تكون ناشزة وتسقط نفقتها من تاريخ الامتناع وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج اياها باعلانها على يد محضر ولها حق الاعتراض على هذا الانذار خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الاعلان ورفع الاعتراض بصحيفة تبين فيها الزوجة أوجه اعتراضها أمام المحكمة الابتدائية المختصة عملاً بالمادة ١١ مكرراً ثانياً من القانون رقم ١٩٨٥/١٠٠ للأحوال الشخصية فإذا قضت المحكمة برفض الاعتراض وأصبح هذا الحكم نهائياً أصبحت الزوجة ناشزة ولا يجوز لها المطالبة بنفقة شرعية ولما كان ذلك وكانت المدعى عليها طعنت على الحكم الصادر برفض الاعتراض بالاستئناف رقم ٥١ لسنة ١٩ق نفس عالى شبين الكوم ولم يتم الفصل فيه بعد ومن ثم فان الدعوى تكون قد اقيمت على سند غير قانونى وتقضى المحكمة برفضها»(١).

(بندر شبين الكوم الجزئية للأحوال الشخصية - جلسة ١٩٨٨/١/١٩ الدعوى رقم ١١٠ لسنة ١٩٨٧).

٣- «وحيث أنه من المقرر شرعاً أن نفقة الزوجة على زوجها نظير الاحتباس ونفقتها تعتبر ديناً قوياً فى ذمته من تاريخ الترك لا يسقط الا بالأداء أو الابراء وتشمل الغذاء والكسوة والسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضى به الشرع وتقدر حسب حالة الزوج يسراً أو عسراً مهما كانت حالتها على ألا تقل فى حالة العسر عن القدر الذى يفى بحاجتها الضرورية (مادة ١م) ق٢٥ لسنة ١٩٢٠ المستبدلة بموجب نص المادة ٢ق ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.

---

(١) والدعوى كانت مقامة من الزوج بطلب وقف تنفيذ الحكم رقم ١٩٨٦/٤٠١ شرعى مستأنف القاضى بفرض نفقة لها.

الا أن المشرع قد نظم اثبات امتناع الزوجة عن طاعة زوجها والاعتداد بوقف نفقتها تبعاً لذلك فقضى فى المادة ١١ مكرراً ثانياً من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالمادة الأولى من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أن إذا امتنعت الزوجة عن طاعة زوجها دون وجه حق توقف نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع وتعتبر ممتنعة دون وجه حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة باعلان على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها وعليه أن يبين فى هذا الاعلان المسكن.

وللزوجة الاعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ هذا الاعلان وعليها أن تبين فى صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التى تستند إليها فى امتناعها عن طاعته والا حكم بعدم قبول اعتراضها ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض إذا لم تتقدم به فى الميعاد.

ويحتسب هذا الميعاد اعتباراً من اليوم التالى للإعلان وينتهى بانتهاء الثلاثين يوماً ما لم يكن آخر يوم منها عطلة رسمية فيمتد إلى اليوم التالى، واعتبرت المادة أن انتهاء ميعاد الثلاثين يوماً دون أن ترفع الزوجة دعوى الاعتراض يعد قرينة لا تقبل اثبات العكس على أن امتناع الزوجة عن الدخول فى طاعة زوجها والعودة لمسكن الزوجية كان امتناعاً بدون حق ومن ثم يعتد بوقف نفقتها منذ انتهاء هذا الميعاد فلا يكون من حقها شرعاً نفقة الزوجية إذا انتهى هذا الميعاد دون أن ترفع الزوجة فى خلاله دعوى الاعتراض.

وحيث أنه بانزال ما تقدم على واقعة الدعوى وإذ كانت المحكمة تطمئن إلى شهادة شاهدى المدعية التى لم يدحضها المدعى عليه وترى أن المدعية كانت زوجة للمدعى عليه وعلى عصمته وفى طاعته إلا أنه قد امتنع عن الانفاق عليها اعتباراً من أول يناير سنة ١٩٨٦ وترى مناسبة الفرض الآتى

بالمنطوق على ضوء تعرف حالة المدعى عليه من الأوراق وذلك حتى ١٩٨٦/٩/٣٠ تاريخ انتهاء الاعتراض على انذار الطاعة المعلن إلى شخصها من المدعى عليه بتاريخ ١٩٨٦/٨/٣١ دون اعتراض منها حسبما قررت بمحضر جلسة ختام المرافعة وبالتالى توقف نفقتها اعتباراً من اليوم التالى أى اعتباراً من ١٩٨٦/١٠/١ ويضحى بالتالى طلب المدعية لنفقتها اعتباراً من هذا التاريخ غير قائم على سند سديد من الواقع والقانون خليقاً بالرفض» .

(بركة السبع الجزئية للأحوال الشخصية - جلسة ١٩٨٨/٥/٣ الدعوى رقم ١٣٥ لسنة ١٩٨٦).

الاعتراض على انذار الطاعة:

٣٤- بيانات صحيفة الإعتراض:

أجازت المادة للزوجة الاعتراض على دعوة الزوج لها بالعودة إلى منزل الزوجية.

ويكون الاعتراض بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة المختصة طبقاً للاجراءات المعتادة لرفع الدعوى.

ولذلك يجب أن تتضمن صحيفة الاعتراض البيانات التى يجب أن تشتمل عليها أوراق المحضرين والمنصوص عليها بالمادة التاسعة من قانون المرافعات (راجع بند ٣١)، وكذلك البيانات المنصوص عليها بالمادة ٦٣ مرافعات.

وقد أوجبت الفقرة الثانية من المادة على الزوجة أن تبين فى صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التى تستند إليها فى امتناعها عن طاعة زوجها.

ويجب أن تكون هذه الأوجه واضحة بحيث يستبين المقصود منها.

والأوجه الشرعية التى تستند إليها الزوجة فى الاعتراض على انذار الطاعة تنحصر فى تخلف الشروط التى أوجبتها الشريعة لالزام الزوجة بالدخول فى طاعة زوجها كلها أو بعضها وهذه الشروط هى:

١ – أن يكون الزوج قد أوفاها عاجل صداقها.

٢ – أن يعد الزوج لها مسكناً شرعياً.

٣ – أن يكون الزوج أميناً على زوجته وعلى مالها ان كان لها مال.

(راجع فى التفصيل بنود ٢ وما بعده)

ولما كان النص قد أوجب بيان أوجه الاعتراض فى صحيفة الاعتراض، فانه لا يجوز للزوجة أن تضيف أوجها جديدة لاعتراضها بدفاعها الشفهى أو المكتوب.

ويجب توقيع صحيفة الاعتراض من أحد المحامين المقررين أمام المحكمة الابتدائية على الأقل عملاً بالمادة ٣/٥٨ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ (المعدل) باصدار قانون المحاماة.

٣٥- جزاء تخلف بيانات صحيفة الاعتراض:

١ – يترتب على تخلف البيانات التى يوجب القانون أن تشتمل عليها أوراق المحضرين والمنصوص عليها فى المادة التاسعة من قانون المرافعات الجزاء الذى أوردناه عند تناول مضمون انذار الطاعة.

(راجع بند ٣١).

٢ – يرجع الى قانون المرافعات فى الجزاء المترتب على تخلف البيانات المنصوص عليها فى المادة ٦٣ مرافعات.

٣- اذا لم تبين الزوجة أوجه الاعتراض فى صحيفة الاعتراض، فانه يجب على المحكمة أن تقضى بعدم قبول الاعتراض وتقضى المحكمة بذلك ولو لم يدفع أمامها من الخصم لتعلق ذلك بالنظام العام.

٤- اذا أضافت الزوجة بدفاعها الشفهى أو المكتوب وجها أو أوجه جديدة للاعتراض لم ترد بالصحيفة فان المحكمة تقضى بعدم قبول هذه الأوجه الجديدة من تلقاء نفسها لتعلق ذلك بالنظام العام.

٥- اذا لم توقع صحيفة الاعتراض من أحد المحامين المقررين أمام المحكمة الابتدائية، وجب على المحكمة القضاء ببطلان صحيفة الاعتراض أو بعدم قبول الاعتراض لبطلان صحيفتة. وتقضى المحكمة بذلك من تلقاء نفسها دون دفع من الخصم لتعلق هذا البطلان بالنظام العام.

واذا قضت المحكمة بهذا البطلان فانها تقف عند حد تقرير البطلان ولا تمضى فى نظر موضوع الاعتراض.

ويترتب على القضاء بعدم قبول الاعتراض أو بطلان صحيفتة اعتبار الزوجة ناشزا وسقوط نفقتها من تاريخ صيرورة هذا الحكم نهائيا.

وقد قضت محكمة شبين الكوم الابتدائية بتاريخ ١٩٨٦/١١/٢٩ فى الدعوى رقم ٥٠١ لسنة ١٩٨٥ كلى بأن:

«وحيث أن المادة ١١ مكررا ثانيا من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ تجرى على أن: "اذا امتنعت الزوجة عن ... الخ".

ويمكن استخلاص المبادىء الآتية مما نصت عليه المادة سالفة الذكر.

أولا: أن الانذار الموجه من الزوج لزوجته لابد أن يتضمن بيانا وافيا لمسكن الطاعة.

ثانيا: أن الزوجة اذا استعملت حقها في الاعتراض على الاعتراض عليها أن تبين الأوجة الشرعية التى تستند اليها في امتناعها عن طاعتة.

ثالثا : أن هذه الأوجه وعلى ما جرى به الفقه والقضاء منها ما يتعلق بالسكن وعدم شرعيته ومنها يتعلق بالزوج لكونه غير أمين عليها.

رابعا: أن اغفال الزوجة هـذه الأوجه سـواء منهـا ما يتعـلق بالسـكن أو بالزوج أو كليهما يترتب عليه القضاء بعدم قبول الاعتراض.

خامسا: أنـه يجب على المحكمـة التدخل من تلقاء نفسـها أو بناء على طلب أحـد الزوجين لانهـاء النزاع صلحا باسـتـمـرار الزوجـيـة وحـسن المعـاشرة.. الخ».

٣٦- ميعاد الاعتراض:

ميـعـاد الاعتراض على انذار الطاعة ثلاثـون يوما. وكان هـذا الميعـاد في القـرار بقـانون رقـم ٤٤ لسـنة ١٩٧٩- المقـضـى بعـدم دسـتـوريتـه - عشـرة أيـام، وقد ورد الميعاد الأخير أيضـاً في مشروع المـادة والذى اقرته اللجنة المشتـركـة بمجـلس الشـعب، الا أنه عـدل عند مناقـشـة المادة بالمجلس(١).

---

(١) وقد تم هذا التعديل بناء على اقتراح **السيد العضو توفيق زغلول** حيث قال:

«إن هذه المادة تحتاج منا الى وقفة لانها مهمة جدا وقد تؤدى الى إسقاط حق الزوجة في النفقة، فهى تتضمن أنه اذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق فان نفقتها توقف من تاريخ الامتناع، وتعتبر ممتنعة دون حق اذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج اياها للعودة على يد محضر وعليه أن يبين في الاعلان المسكن، وللزوجة الاعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائية في خلال عشرة أيام، وهناك بعض الزوجات لا تكفيهن هذه المدة للاعتراض على الطاعة لانهن قد يستشرن الاهل والاقارب ويبحثن عن محام. لذلك فانني اقترح أن =

وقد قصد من التعديل إفساح المهلة المحددة للاعتراض أمام الزوجة.

ويبدأ هذا الميعاد من اليوم التالى لاعلان الزوجة بانذار الطاعة (م١/١٥ مرافعات).

ويزاد على هذا الميعاد ميعاد المسافة (مادتان ١٦، ١٧ مرافعات).

وينتهى الميعاد بانقضاء اليوم الأخير منه، الا اذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية فانه يمتد الى أول يوم عمل بعدها (م١٨ مرافعات).

ويترتب على تقديم الاعتراض بعد الميعاد القضاء بعدم قبوله شكلاً، وتقضى المحكمة بذلك من تلقاء نفسها ولو لم يدفع بذلك أمامها لتعلق ميعاد الاعتراض بالنظام العام.

وبالترتيب على ما تقدم قضت محكمة شبين الكوم الابتدائية بتاريخ ١٩٨٦/١١/٢٩ فى الدعوى رقم ٤٣٠لسنة ١٩٨٦ بأن:

«وحيث أنه من المقرر قانوناً عملاً بنص المادة ١١ مكرراً ثانياً من القانون

= يكون اعتراض الزوجة خلال مدة ثلاثين يوما بدلا من عشرة أيام، حتى لا تسقط نفقة الزوجات لاننا نعلم أن هناك زوجات اسقطت نفقاتهن لانتهاء مدة الاعتراض بيوم واحد ويجب افساح الوقت أمام الزوجات، وشكرا».

وقد أيده فى هذا الاقتراح كل من الأعضاء: ممتاز نصار والدكتور عبد العزيز محمد عزيز ومختار هانى.

(مضبطة المجلس الطبعة المؤقتة الجلسة ٩٨ بتاريخ أول يوليو سنة ١٩٨٥ ص٣ وما بعدها).

رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أنه اذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع وتعتبر ممتنعة دون حق اذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج اياها للعودة باعلان على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها وعليه أن يبين في هذا الاعلان المسكن وللزوجة الاعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائية خلال ثلاثين يوما من تاريخ الاعلان وعليها أن تبين في صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التي تستند اليها في امتناعها عن طاعته والاحكم بعدم قبول اعتراضها ومؤدى هذا النص أن المشرع اشترط أن تتقدم الزوجة بالاعتراض على انذار الطاعة المرسل اليها من الزوج خلال ثلاثين يوما من تاريخ الاعلان والاحكم بعدم قبول اعتراضها ولما كان ذلك وكان الثابت أن المعترضة أعلنت بالانذار المرسل اليها من المعترض ضده بتاريخ ١٩٨٦/٦/٣ ولم تعترض عليه الا بتاريخ ١٩٨٦/٧/٥ أى بعد فوات الميعاد المقرر قانونا مما يتعين معه القضاء بعدم قبول الاعتراض شكلا لتقديمه بعد الميعاد».

٣٧- مدى سريان ميعاد الثلاثين يوماً على الاعتراضات المرفوعة فى ظل القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩:

كانت المادة السادسة مكررا ثانيا من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المقضى بعدم دستوريتة تنص على أن ميعاد الاعتراض على انذار الطاعة عشرة أيام، ومن ثم فانه يثور البحث في مدى سريان ميعاد الثلاثين يوما الذى حددته المادة (١١ مكرراً ثانياً) من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥

للاعتراض على انذار الطاعة، على الاعتراضات التى رفعت فى ظل القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩

وفى هذا الشأن يتعين الرجوع الى نص المادة السابعة من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فقد جرت على أن:

«ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ويعمل به من تاريخ نشر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩، وذلك عدا حكم المادة (٢٣ مكررا) فيسرى حكمها من اليوم التالى لتاريخ نشره»، فالمستقر عليه أن مفاد هذه الماده سريان أحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ اعتبارا من نشر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية المشار اليه بتاريخ ١٩٨٥/٥/١٦ على المراكز القانونية التى تكونت فى ظل العمل بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ طالما لم يصدر بتقريرها أحكام حائزة لقوة الامر المقضى (انظر فى التفصيل الجزء الثالث بند)

وعلى ذلك فان ميعاد الثلاثين يوما الذى حددته المادة (١١ مكررا ثانيا) من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ للاعتراض على انذار الطاعة يسرى على الاعتراضات التى رفعت فى ظل القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ولم يفصل فيها بحكم نهائى قبل العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتاريخ ١٩٨٥/٥/١٦.

وعلى سبيل المثال لو أن زوجة اعترضت على انذار الطاعة وحكم بتاريخ

١٩٨٥/٢/١ بعدم قبول الاعتراض شكلا لرفعه بعد الميعاد وهو عشرة أيام طبقا للقرار بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩، فطعنت الزوجة على هذا الحكم بالاستئناف وظل الاستئناف منظورا حتى ١٩٨٥/٥/٣٠ (أى بعد العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥) فانه يجب على المحكمة اعمال الميعاد المنصوص عليه فى المادة (١١ مكررا ثانيا) من القانون الأخير التى تقضى بأن ميعاد الاعتراض ثلاثون يوما، فاذا فرضنا أن الاعتراض كان مرفوعا فى اليوم العشرين من تاريخ اعلان الانذار كان عليها أن تقضى بإلغاء الحكم المستأنف وبقبول الاعتراض شكلا.

وقد اخذت بهذا النظر محكمة النقض ـ دائرة الاحوال الشخصية - فى حكم حديث لها صادر بتاريخ ١٩٨٨/٦/١٤ فى الطعن رقم ٥٩ لسنة ٥٦ق ـ غير منشور ـ جاء به:

«وحيث أن الوقائع ـ على ما بين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق ـ تتحصل فى أن الطاعنة أقامت الدعوى رقم ٩٩٨ لسنة ١٩٨٣ كلى أحوال شخصية جنوب القاهرة ضد المطعون ضده للحكم باعتبار اعلانه لها بتاريخ ١٩٨٣/٦/٦ بدعوتها الى طاعته كأن لم يكن. وقالت بيانا لدعواها أنها زوجة المطعون ضده بصحيح العقد الشرعى ووجه اليها فى ١٩٨٣/٦/٦ اعلانا يدعوها فيه للدخول فى طاعته فى المنزل المبين به وكان هذا الاعلان لم تعلم به الا مصادفة اذ تسلمته شقيقتها باتفاق بينها وبين المطعون ضده الذى دأب على التعدى عليها هذا الى أن المسكن المبين به يشغله شقيقه

فقد أقامت الدعوى وفى ١٩٨٥/٣/٢٥ حكمت المحكمة بعدم قبول الاعتراض شكلاً لتقديمه بعد الميعاد. استأنف الطاعنة هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٦٦ لسنة ١٠٢ق القاهرة وفى ١٩٨٦/٢/٦ حكمت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف. طعنت الطاعنة على هذا الحكم بطريق النقض وقدمت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأى برفض الطعن. عرض الطعن على هذه المحكمة فى غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره وفيها التزمت النيابةرأيها.

وحيث أن الطعن أقيم على سبب واحد تنعى به الطاعنة على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون. وفى بيان ذلك تقول أن الحكم المطعون فيه أقام قضاءه على سند من حكم المادة السادسة مكرراً ثانياً من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقرار بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ وإذ كان هذا القرار بقانون قد حكم بعدم دستوريته ونشر الحكم فى ١٩٨٥/٥/١٦ مما يمتنع معه تطبيقه من اليوم التالى لنشره عملاً بالمادتين ٤٨، ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا وهو ما كان يستتبع الحكم باعتبار انذار الطاعة كأن لم يكن إلا أن الحكم المطعون فيه وقد طبق أحكام القرار بقانون المقضى بعدم دستوريته فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعى غير سديد ذلك أن مفاد المادة السابعة من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن تسرى أحكام هذا القانون على

المراكز القانونية التى تكونت فى ظل القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ طالما لم يصدر بتقريرها أحكام حائزة لقوة الأمر المقضى لما كان ذلك، وكانت المادة ١١ مكرراً ثانياً من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ - الذى يحكم واقعة الدعوى - خولت الزوجة التى يوجه إليها زوجها اعلاناً بدعوتها إلى طاعته الاعتراض عليه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ هذا الإعلان وكان المطعون ضده فى ١٩٨٣/٦/٦ قد وجه اعلاناً إلى الطاعنة يدعوها بموجبه إلى طاعته فى المنزل المبين به. وكانت الطاعنة قد أقامت دعواها بالاعتراض عليه فى ١٩٨٣/٧/٢٠ بعد انقضاء الثلاثين يوماً والتى حددتها المادة المتقدمة ميعاداً لذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ أيد الحكم المستأنف فى قضائه بعدم قبول هذا الاعتراض شكلاً لتقديمه بعد الميعاد يكون قد انتهى إلى نتيجة صحيحة فى القانون ولا يعيبه إن لم يعرض فى قضائه لأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ وسريانه على واقعة الدعوى دون القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المحكوم بعدم دستوريته طالما أن ذلك القصور فى الأسباب القانونية ليس من شأنه أن يغير وجه الرأى فى الدعوى إذ أن لمحكمة النقض أن ترد الحكم إلى الأساس الصحيح فى القانون ومن ثم يكون الطعن غير منتج».

٣٨- المحكمة المختصة بنظر الاعتراض:

نصت الفقرة الثالثة من المادة (١١ مكرراً ثانيا) على أن:

«للزوجة الاعتراض على هذا "انذار الطاعة" أمام المحكمة الابتدائية». وواضح من النص أن المحكمة الابتدائية هى المختصة بنظر دعوى الاعتراض على إنذار الطاعة.

ورغم أن الطاعة بحسب الأصل من المواد المتعلقة بالزوجية التى كانت تختص بنظرها المحكمة الجزئية - عند صدور القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ عملاً بالمادة السادسة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (الملغاة)- إلا أن المشرع راعى فى جعل الاختصاص بنظر الاعتراض على انذار الطاعة للمحكمة الابتدائية أن الفصل فى هذا الاعتراض قد يؤدى إلى التطليق، والتطليق من اختصاص المحكمة الابتدائية.

ولذلك رفض مجلس الشعب اقتراحاً بجعل الاختصاص للمحكمة الجزئية[١].

---

(١) وقد قدم الاقتراح من العضوين ممتاز نصار وعبدالمنعم فرج.

فقد قرر السيد العضو ممتاز نصار أنه:

«إن ما ذكره السيد العضو توفيق زغلول فى محله، وأزيد عليه وأقول أن النص هنا يتطلب من الزوجة الالتجاء إلى المحكمة الابتدائية للاعتراض على الطاعة بينما الاختصاص فيها للمحكمة الجزئية ويجب أن يكون الاعتراض أمام المحكمة الجزئية بدلاً من المحكمة الابتدائية كما تتطلب هذه المادة لأنه قد يكون هناك زوجات يقمن فى القرى وبعض المراكز أو بعض المدن وقد لا توجد

محكمة ابتدائية فى هذه الأماكن، وهذا فيه ارهاق لهن بالنسبة لمسألة من اختصاص المحاكم الجزئية».

وقرر السيد العضو عبدالمنعم فرج أنه:

«فى الطعن الجنائى عندما يصدر الحكم من المحكمة الابتدائية فإن الطعن فى الحكم يكون أمام المحكمة التى أصدرت الحكم، ويجب علينا تسهيلاً للزوجة أن نجعلها تقوم بالطعن أمام المحكمة الجزئية الواقع فى دائرتها محل اقامتها ثم تنظر الدعوى بعد ذلك أمام المحكمة الابتدائية».

وقد عقب على هذا الاقتراح كل من العضوين حلمى عبدالآخر (رئيس اللجنة المشتركة) ومختار هانى.

فقرر السيد العضو حلمى عبدالآخر:

«... ولكننى أعترض بالنسبة لما قيل عن الاختصاص، فالمحكمة الجزئية لا تختص بالنسبة لما ذكر لأن مآل الدعوى الطلاق، والطلاق طبقاً للائحة ترتيب المحاكم الشرعية من اختصاص المحكمة الكلية، المحكمة الكلية مكونة: من ثلاثة قضاة، واجراءات التحكيم للمحكمة الابتدائية.

ولذلك فاننى أرجو أن يظل الاختصاص فى الطاعة للمحكمة الابتدائية ولا ضير فى هذا لأن الزوجة حينما تطلب الطلاق أو عندما تثور منازعة فى هذا الشأن فإن المحكمة الابتدائية هى التى تنظرها، وإذا فشل القاضى فى الاصلاح فله أن يحكم بالطلاق».

وقرر السيد العضو مختار هانى:

«انى اتفق مع السيد الزميل العضو حلمى عبدالآخر فيما قاله بالنسبة للاختصاص، لأن الاختصاص يجب أن يظل للمحكمة الابتدائية لأنها هى التى ستعين الحكمين، كما أنها هى التى قد تنتهى فى هذا إلى التطليق...».

(مضبطة مجلس الشعب الطعبة المؤقتة الجلسة ٩٨ بتاريخ أول يوليو سنة ١٩٨٥ ص٣).

وقد أصبح اختصاص المحكمة الابتدائية بنظر الاعتراض، متسقا مع المادتين ٩ ، ١٠ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ ، الذى جعل الاختصاص بمنازعات الطاعة عامة للمحكمة الابتدائية، إذا لم ترد هذه المنازعات ضمن المنازعات المنصوص عليها بالمادة التاسعة التى عددت الدعاوى التى تختص بها المحكمة الجزئية ، ومن ثم يحكمها نص الفقرة الأولى من المادة العاشرة التى تقضى بأن : « تختص المحكمة الابتدائية بنظر دعاوى الأحوال الشخصية التى لاتدخل فى اختصاص المحكمة الجزئية..... الخ» .

والمحكمة المختصة محليا هى التى يقع فى دائرتها موطن المعترض ضده عملا بالفقرة الثانية من المادة ١٥ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ التى تجرى على أن : « وبمراعاة أحكام المادتين ١٠ ، ١١ من هذا القانون ينعقد الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه. فإن لم يكن له موطن فى مصر تختص المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى» .

وكان الاختصاص فى ظل لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (الملغاة) للمحكمة التى بدائرتها محل إقامة الزوجة أو الزوج.

عملاً بالمادة ٢٤ منها التى كانت تجرى على أن : «ترفع الدعوى أمام المحكمة التى بدائرتها محل اقامة المدعى أو المدعى عليه إذا كانت من الزوجة أو الأم أو الحاضنة فى المواد الآتية... الزواج والمواد المتعلقة بالزوجية غير ما سبق» .

وفي هذا قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٩٦/٥/٢٠ في الطعن رقم ٢٢٥ لسنة ٦٢ق- احوال شخصية- بأن :

« مفاد النص فى المادة ٢٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن للمدعية إذا كانت زوجة أو أما أو حاضنة أن ترفع دعواها أمام المحكمة التى يقع بدائرتها محل إقامتها أو محل إقامة المدعى عليه، وذلك فى المواد التى أوردها النص المذكور، ومن بينها المواد المتعلقة بالزوجية وهى الدعاوى التى تتضمن منازعة فى مسألة متعلقة بالآثار التى يرتبها عقد الزواج ومنها دعوى الاعتراض على إنذار الطاعة، ذلك أنه يترتب على عقد الزواج طاعة الزوجة لزوجها والقرار فى مسكن الزوجية ولاتعد الزوجة ناشزة ممتنعة عن طاعة زوجها إذا لم يهيئ لها مسكنا تتوافر له شروطه الشرعية أو كان غير أمين عليها، ومنازعتها فى ذلك بالاعتراض على إنذار الطاعة الموجه منه إليها تعتبر من المسائل المتعلقة بالزوجية، وقد رأى المشرع أنه إذا كانت الدعوى مقامة من الزوجة أو الأم أو الحاضنة فى مواد معينة – منها المسائل المتعلقة بالزوجية– الخروج على الأصل المقرر فى المادة ٢١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى عقدت الاختصاص محليا بنظر الدعوى للمحكمة التى يقع بدائرتها محل إقامة المدعى عليه، وذلك بقصد التيسير على هؤلاء مراعاة لظروفهن ودفعا للمشقة عنهن ، فلهن الخيار فى إقامة الدعوى أمام المحكمةالتى يقمن بدائرتها أوالمحكمة التى يقيم بدائرتها الزوج أوالإبن أو ولى المحضون».

٣٩- تدخل المحكمة لانهاء النزاع بين الزوجين صلحاً:

فى حالة استيفاء الاعتراض شكله القانونى، أوجب النص على المحكمة عند نظر موضوعه التدخل لانهاء النزاع بين الزوجين صلحاً سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحدهما. ومعنى ذلك أنه إذا لم يطلب أحد الزوجين من المحكمة التدخل لانهاء النزاع صلحاً، كان عليها التدخل لانهاء النزاع صلحاً من تلقاء نفسها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٨٤/٢/٢١ فى الطعن رقم ٥٣ لسنة ٥٢ ق بأن:

«مفاد الفقرة الأخيرة من المادة ٦ مكرراً ثانياً من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩، أن المشرع قد أوجب على المحكمة عند نظر دعوى اعتراض الزوجة على اعلان الزوج لها بطاعته فى المسكن المعد للزوجية التدخل لانهاء النزاع بينهما صلحاً».

والمقصود بالصلح - بصريح النص - استمرار الزوجية والمعاشرة بالمعروف.

والنص لم يرسم للمحكمة طريقاً معيناً للاصلاح بين الزوجين. ولذلك فهى تتدخل للاصلاح بينهما بالطريقة التى تراها مناسبة،

والاصلاح بين الزوجين يقتضى التعرف على حقيقة النزاع القائم بينهما والظروف والملابسات المحيطة به حتى يتخير القاضى السبل الناجحة لانهائه صلحاً[١].

وتطبيقاً لذلك جاء بالمذكرة الايضاحية للقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ عن المادة (٦ مكرراً ثانياً) المقابلة للنص الحالى أنه :

«ثم إذا ما استوفى الاعتراض شكله القانونى وجب على المحكمة عند نظر موضوعه التدخل لانهاء النزاع صلحاً بين الطرفين من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحدهما والمقصود بالصلح هو استمرار المعاشرة بالمعروف ومؤدى هذا أن لها أن تبحث شرعية المسكن إذا كان اعتراض الزوجة منصباً على انتفاء شرعيته ولها أن تأمر الزوج باعداد المسكن المناسب إذا بان لها أن المسكن الذى حدده الزوج فى الاعلان غير مستوف لما يجب توافره شرعاً أو عرفاً.. الخ».

وقد ذهبت محكمة النقض فى عدة أحكام لها إلى أنه يكفى لأداء المحكمة واجبها فى التدخل لانهاء النزاع بين الزوجين صلحاً، أن تعرض الصلح على الطرفين.

---

(١) نقض طعن رقم ٢٣ لسنة ٥١ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٩٨٢/٣/١٦ (صادر بصدد المادة ٦ من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩)

إذ قضت بأن :

١- «دعوى اعتراض الزوجة على اعلان زوجها لها بطاعته في المسكن المعد للزوجية. وجوب تدخل المحكمة لانهاء النزاع بينهما صلحاً. المشرع لم يرسم طريقاً معيناً للاصلاح بين الزوجين. عرض المحكمة الصلح على الطرفين. قبول أحدهما له وابداء الآخر طلباته في الدعوى وسكوته عن تحديد موقفه من الصلح كاف لاثبات تدخل المحكمة لانهاء النزاع صلحاً بين الزوجين دون حاجة لاعادة طرحه عليهما مرة أخرى في الاستئناف».

(طعن رقم ٤٣ لسنة ٥٥ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٨٧/٤/٢٨- غير منشور)

٢- «... يدل على أن المشرع وإن أوجب على المحكمة عند نظر دعوى اعتراض الزوجة على إعلان الزوج لها بطاعته في المسكن المعد للزوجية أن تتدخل لإنهاء النزاع بينهما صلحاً تحقيقاً لمصلحة عامة استهدفها وأفصحت عنها المذكرة الإيضاحية وهي أن المقصود بالصلح هو استمرار المعاشرة بالمعروف، إلا أنه لم يرسم طريقاً معيناً للتدخل لإنهاء النزاع بين الزوجين صلحاً، وكان الثابت في الأوراق أن محكمة أول درجة عرضت الصلح على الطرفين وقبله الطاعن ورفضته المطعون ضدها، وكان هذا كافياً لإثبات أن

المحكمة تدخلت لإنهاء النزاع بين الزوجين صلحاً دون حاجة لإعادة طرحه عليهما مرة أخرى في الاستئناف مادام لم يستجد ما يدعو إليه فإن النعي بهذا السبب يكون على غير أساس.

(طعن رقم ٩ لسنة ٦٠ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٢/١٢/١٥- غير منشور)

٣- «وجوب تدخل المحكمة - عند نظر اعتراض الزوجة على إنذار الزوج لها للدخول في طاعته - لإنهاء النزاع بنيهما صلحاً. م١١ مكرراً ثانياً من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥. لم يرسم المشرع طريقاً معيناً يتحتم اتباعه عند محاولة إجراء الصلح بين الزوجين. عرض الصلح من محكمة أول درجة ورفضه من المطعون ضدها. كاف لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح».

(طعن رقم ٢١٠ لسنة ٦٠ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٤/٥/٣١)[1]

---

(١) وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض في أحكام عديدة بصدد المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التي تشترط للتطليق للضرر عجز القاضي عن الاصلاح بين الزوجين فقد جرت أحكامها على أن المشرع لم يرسم طريقاً معيناً لمحاولة الاصلاح وأنه يكفي عرض الصلح على الزوجين (طعن رقم ٤٨ لسنة ٥٢ق أحوال شخصية ١٩٨٣/١١/٢٢ - طعن رقم ٨٢ لسنة ٥٣ق أحوال شخصية جلسة ١٩٨٥/٣/١٢ - طعن رقم ١١ لسنة ٥٤ق أحوال شخصية جلسة ١٩٨٦/٢/٢٥ - طعن رقم ٥٢ لسنة ٥٢ق أحوال شخصية - جلسة ١٩٨٦/٢/٣٥ - طعن رقم ٣٣ لسنة ٥٤ق أحوال شخصية - جلسة ١٩٨٦/٣/١١ - طعن رقم ٨٤ لسنة ٥٥ق أحوال شخصية - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٣).

إلا أن المحكمة عدلت في حكم حديث لها صادر بتاريخ ١٩٩٨/٥/١٩ في الطعن رقم ٣٧٧ لسنة ٦٣ق- أحوال شخصية - عن قضائها السابق، وذهبت إلى أنه لايكفى لتدخل المحكمة لإنهاء النزاع بين الزوجين صلحا طبقا لنص المادة ١١ مكررا ثانيا سالفة الذكر مجرد عرض الصلح على الطرفين دون السعى له إذ قضت بأن :

« النص فى الفقرة الأخيرة من المادة ١١ مكررا ثانياً من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٩ يدل على أن المشرع قد أوجب على المحكمة عند نظر دعوى اعتراض الزوجة على إعلان الزوج لها بالدخول فى طاعته وقبل أن تفصل فى موضوع الاعتراض أن تتدخل سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الزوجين لإنهاء النزاع صلحا باستمرار الحياة الزوجية وحسن المعاشرة وذلك بأية صورة ممكنة تراها المحكمة على ضوء أسباب الاعتراض ومن خلال هذا الحق المقرر قانونا للمحكمة والواجب عليها يكون لها أن تناقش أوجه الاعتراض وتعمل على إصلاح ما فسد منها ويمكن إصلاحه أمامها وأن تأمر المخل بحسن العشرة بإصلاح ما اعوج منه وكف أذاه عن شريكه فى الحياة الزوجية، ولايكفى لذلك مجرد عرض الصلح على الطرفين دون السعى له، ويجب على المحكمة إثبات الدور الذى قامت به فى محضر الجلسة وفى أسباب الحكم الذى يصدر فى الاعتراض باعتبار أن هذا الإجراء- أى التدخل لإنهاء النزاع صلحا- إجراء جوهريا أوجبه القانون ويرتبط بالنظام العام وأن مخالفة ذلك يترتب عليه بطلان الحكم».

ونعرض فيما يلى لبعض المسائل التى تثور بصدد واجب المحكمة فى التدخل لإنهاء النزاع بين الزوجين صلحاً.

٤٠- هل يلزم تدخل المحكمة لانهاء النزاع بين الزوجين صلحا فى مرحلة معينة؟

جرى نص المادة على أنه: «وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض، أو بناء على طلب أحد الزوجين، **التدخل** لإنهاء النزاع بينهما... الخ». فقد تطلب النص من المحكمة التدخل لإنهاء النزاع صلحاً عند نظر الدعوى، ولم يتطلب منها المبادرة بالتدخل بالصلح قبل نظر الدعوى أو سماع الشهود فيها.

ومن ثم فإنه يجوز للمحكمة التدخل بالصلح ولو بعد اتخاذ اجراءات الإثبات فيها.

غير أنه يجب أن يتم تدخلها **بالصلح** قبل اتخاذها اجراءات التحكيم المنصوص عليها فى المادة ١٩ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ لأن اتخاذ هذه الاجراءات مشروط بأمرين، **الأول**: أن يبين للمحكمة استحكام الخلاف بين الطرفين. **والثانى**: أن تطلب الزوجة التطليق. واستحكام الخلاف بين الزوجين لا ينكشف إلا بعد رفضهما أو رفض أحدهما الصلح.

وفى هذا قضت محكمة النقض - بصدد المادة ٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ - بأن:

«مؤدى نص المادة السادسة من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يدل على أن الشارع وان اشترط للحكم بالتفريق فى هذه الحالة شرطان أولهما أن يثبت

الضرر المدعى به بما لا يستطاع معه دوام العشرة وثانيهما أن يعجز القاضى عن الاصلاح بين الزوجين المتخاصمين الا أنه لم يستلزم المبادرة بالقيام بهذا الاصلاح قبل نظر الدعوى وسماع الشهود فيها أو معاودة القيام به فى كل مرحلة من مراحل الدعوى... الخ».

(طعن رقم ٢٣ لسنة ٥١ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٨٢/٣/١٦).

٤١- عدم اشتراط حضور الزوجين معاً عند تدخل المحكمة لانهاء النزاع بينهما صلحاً:

لم يشترط النص حضور الزوجين معا أمام المحكمة عند تدخلها لانهاء النزاع بينهما صلحاً، فإذا قامت المحكمة بعرض الصلح على أحد الزوجين فرفضه لم يعد ثمة مبرر لعرضه على الزوج الآخر.

وفى هذا قضت محكمة النقض - بصدد المادة ٦ من الرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بأن:

١- «لما كانت المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ إذ اشترطت للقضاء بالتطليق للضرر عجز القاضى عن الاصلاح بين الزوجين لم ترسم طريقاً معيناً لمحاولة الاصلاح ولم تستوجب حضور الزوجين معاً أمام المحكمة عند اتخاذ هذا الاجراء وكان الثابت بالأوراق أن محكمة أول درجة عرضت الصلح على المطعون عليها فرفضته وكان ذلك يكفى لاثبات عجز المحكمة عن الاصلاح بين الزوجين مما لا حاجة معه لعرض الصلح بعد ذلك على الطاعن أو معاودة القيام بهذه المحاولة أمام محكمة الاستئناف فإن النعى بضرورة عرض الصلح عليهما معا يكون على غير أساس».

(طعن رقم ٤٨ لسنة ٥٢ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٨٣/١١/٢٢).

٢- «لما كانت المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ اذ اشترطت للقضاء بالتطليق عجز القاضى عن الاصلاح بين الزوجين لم ترسم طريقا معينا لمحاولة الاصلاح كما لم تستوجب حضور الزوجين معا أمام المحكمة».

(طعن رقم ٨٢ لسنة ٥٣ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٩٨٥/٣/١٣).

(طعن ١١ لسنة ٥٤ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٨٦/٢/٢٥).

(طعن ٥٢ لسنة ٥٢ق «أحوال شخصية»جلسة ١٩٨٦/٢/٢٥).

(طعن ٣٣ لسنة ٥٤ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٨٦/٣/١١).

(طعن ٨٤ لسنة ٥٥ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٨٨/٢/٢٣).

(طعن ٢٢٥ لسنة ٦٢ق « أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٦/٥/٢٠)

٤٢- عدم اشتراط مثول الزوجين بشخصهما امام المحكمة عند تدخلها لانهاء النزاع بينهما صلحا:

لم يشترط النص مثول الزوجين بشخصهما أمام المحكمة عند تدخلها لانهاء النزاع بينهما صلحا، ولذلك يكفى مثول وكيل كل من الزوجين المفوض بالصلح عند حصول هذا التدخل.

وفى هذا قضت محكمة النقض - بصدد المادة السادسة من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ - بأن:

١- «لما كان ما تقدم وكانت المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التى تشترط للقضاء بالتطليق ثبوت الضرر بما لا يستطاع معه دوام العشرة وعجز القاضى عن الاصلاح بين الزوجين جاءت خلوا من وجوب اثبات مثول الزوجين بشخصهما أمام المحكمة، وكان البين من الصورة الرسمية لمحضر جلسة أول أبريل ١٩٧٠ أمام محكمة أول درجة أن كلا من

الطاعنين والمطعون عليها، قد أناب عنه وكيلا مفوضا بالصلح، وأن وكيل المطعون عليها رفضه على حين قبله وكيل الطاعن، فان ذلك يكفى لاثبات عجز المحكمة عن الاصلاح بين الزوجين ويكون النعى فى هذا الخصوص على غير اساس».

(طعن رقم ١٨ لسنة ٤١ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٧٥/٣/١٣).

٢- «وحيث أن النعى مردود، ذلك أنه لما كانت المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التى تشترط للقضاء بالتطليق عجز القاضى عن الاصلاح بين الزوجين، جاءت خلوا من وجوب مثول الزوجين بشخصهما أمام المحكمة عند محاولة الاصلاح بينهما، وكان البين من الصورة الرسمية لمحضر جلسة ١٩٧٦/١٢/١٩ أمام محكمة الاستئناف أن المطعون عليها حضرت بشخصها ورفضت الصلح وحضر وكيل الطاعن، فإن ذلك كاف لاثبات عجز المحكمة عن الاصلاح بين الزوجين، ويكون النعى على غير أساس».

(طعن رقم ١٦ لسنة ٤٧ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٧٩/٣/١٤)

٣- «وحيث أن هذا النعى غير سديد، ذلك أن الثابت من مدونات الحكم الابتدائى، أن محكمة أول درجة عرضت الصلح على الطرفين فرفضه وكيل المطعون ضدها وقبله وكيل الطاعن، وهو ما يكفى لإثبات عجز المحكمة عن إنهاء النزاع صلحاً بين الطاعن والمطعون ضدها دون ما حاجة لإعادة عرضه مرة أخرى فى الاستئناف مادام لم يستجد ما يدعو إليه، ويكون النعى بهذا السبب على غير أساس».

(طعن رقم ٤ لسنة ٥٩ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩١/٤/٢)

(ذات المبدأ طعن رقم ١٤٩ لسنة ٥٨ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩١/٣/٢٦)

وتجدر الاشارة إلى أن التفويض فى الصلح يستتبع التفويض برفضه.

وبالترتيب على ذلك قضت محكمة النقض بأن:

«وحيث أن هذا النعى مردود، ذلك أن التفويض فى الصلح يستتبع التفويض برفضه، لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن وكيل المطعون عليها المفوض بالصلح قد رفضه، فإن ذلك يكفى لاثبات عجز المحكمة عن الاصلاح بين الزوجين ويكون النعى بهذا السبب على غير أساس».

٤٣- ايجاب اثبات تدخل المحكمة لانهاء النزاع بين الزوجين صلحاً بمحاضر جلسات دعوى الاعتراض:

يجب أن يثبت تدخل المحكمة لانهاء النزاع بين الزوجين صلحاً بمحاضر جلسات دعوى الاعتراض على انذار الطاعة، فإذا خلت محاضر الجلسات من اثبات هذا التدخل، ثم قضت المحكمة فى موضوع الاعتراض كان قضاؤها مخالفاً للقانون، لأنه لا يجوز للمحكمة الاستناد فى حصول هذا الاجراء على ما يخالف أو يجاوز ما دون بمحاضر جلساتها.

وقد اوضحت ذلك تفصيلاً محكمة النقض فى حكم حديث لها صادر بتاريخ ١٩٨٨/٥/٢٤ فى الطعن رقم ٥٩ لسنة ٥٧ق «احوال شخصية»(١) ذهبت فيه إلى ما يأتى:

«وحيث أن النعى فى محله ذلك أن النص فى المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه "إذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن

---

(١) صادر بصدد المادة ٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

الاصلاح بينهما..." يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع اشترط للحكم بالتطليق فى هذه الحالة أن يثبت اضرار الزوج بزوجته بما لا يستطاع معه دوام العشرة وأن يعجز القاضى عن الاصلاح بينهما. لما كان ذلك وكان النص فى المادة ٢٥ من قانون المرافعات على أنه "يجب أن يحضر مع القاضى فى الجلسات وفى جميع اجراءات الاثبات كاتب يحرر المحضر ويوقعه مع القاضى وإلا كان العمل باطلاً" وفى المادة ١٥٩ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ على أنه "وعلى كتاب المحاكم والنيابات الذين يحضرون الجلسات أن يحرروا محاضر بكل ما يدور فيها وأن يوقعوها" يدل على أنه يتعين لاحتجاج الخصوم أو محاجتهم بما اتخذ فى الدعوى من اجراءات للاثبات وما أدلوا به لوكلائهم من اقرارات أو أبدوه من دفوع أو أوجه دفاع شفاها بالجلسات أن تكون واردة فى محاضر مدونة بواسطة الكاتب فلا يجوز للمحكمة أن تستند فى قضائها على ما يخالف أو يجاوز ما دون فيها بخصوص هذه الاجراءات وتلك التقريرات، وكان الثابت من محاضر جلسات محكمتى أول وثانى درجة أنها خلت من اثبات أن محاولات للاصلاح بين الزوجين قد بذلت وأنهما ووكلاؤهما المصرح لهم بالصلح لم يستجيبوا لهذه المحاولات مما يتحقق به شرط عجز القاضى عن هذا الاصلاح اللازم للحكم بالتطليق للضرر وكان لا يكفى لاثبات عجز المحكمة عن الاصلاح بين الطرفين قيام المطعون عليها باعلان الطاعن للحضور أمام المحكمة لتقوم بالتوفيق بينهما طالما لم يثبت من محاضر الجلسات أن المحكمة حاولت الاصلاح بين الطرفين أثناء مثولهما أمامها بالجلسة التى تلت هذا الاعلان فإن ما تضمنه الحكم الابتدائى الذى تأيد بالحكم المطعون فيه من أن محاولة الاصلاح بين الطرفين باءت بالفشل لا يكون له سنداً بالأوراق ويكون الحكم بالتطليق رغم تخلف هذا الشرط قد خالف القانون وإذ أيده الحكم المطعون فيه على سند من القول بأنه لا يتحتم

على محكمة أول درجة اتخاذ هذا الاجراء فإنه يكون بدوره معيباً بمخالفة القانون مما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث أسباب الطعن على أن يكون مع النقض الاحالة» .

(راجع أيضـا طعن رقم ٣٧٧ لسنة ٦٣ ق جلسـة ١٩٩٨/٥/١٩ - منشور ببند ٣٩)

٤٤- عدم وجوب تكرار التدخل لانهاء النزاع صلحا امام محكمة الاستئناف:

لم يشترط النص تكرار التدخل لانهاء النزاع صلحاً أمام محكمة الاستئناف إذا أخفقت محاولة الصلح أمام محكمة أول درجة. ومن ثم فانه لا يعيب الحكم الاستئنافي عدم تدخل محكمة ثاني درجة لانهاء النزاع صلحاً من جديد عند عرض الاستئناف عليها.

وفي هذا قضت محكمة النقض - بصدد المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ - بأن:

١ - «إذا كان الشارع قد اشترط للحكم بالتطليق طبقاً للمادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أن تثبت الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة، وأن يعجز القاضي عن الاصلاح بينهما وكان الثابت بمحضر جلسة ١٩٧٩/٦/٩ أن محكمة أول درجة قد عرضت الصلح على الطرفين فرفضه الحاضر عن المطعون ضدها ووافق عليه الطاعن وهو ما يكفي - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - لاثبات عجز المحكمة عن الاصلاح بين الزوجين، دون حاجة لاعادة عرض الصلح من جديد أمام محكمة الاستئناف مادام لم يستجد ما يدعو إليه. وكان لا يغير من ذلك رفض محكمة أول درجة القضاء بالتطليق طالما أن الاستئناف وفقاً لنص المادة ٣١٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية يعيد الدعوى إلى الحالة التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه، بما لا يكون

معه ثمة موجب لاعادة عرض الصلح من جديد أمام المحكمة الاستئنافية، فإن النعي على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون يكون على غير أساس».

(طعن رقم ٢٧ لسنة ٥٠ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٨١/٣/٣١).

٢- «إنه وإن كانت المادة ٦ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ توجب على المحكمة الاصلاح بين الزوجين المتخاصمين قبل الحكم بالتطليق إلا أنها لم تستلزم القيام بهذه المحاولة فى كل مرحلة من مراحل الدعوى، وإذ كان الثابت أن محكمة أول درجة قد عرضت الصلح على الزوجين المتخاصمين فقبل الطاعن الصلح بينما أبت المطعون عليها ذلك، وعندما قضت المحكمة برفض الدعوى استأنفت المطعون عليها الحكم مصممة على طلب التطليق وهو ما يكفى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لتحقق شرط العجز عن الاصلاح بين الزوجين، وكان لا يغير من هذا النظر رفض محكمة أول درجة الحكم بالتطليق طالما أن الاستئناف وفقاً لنص المادة ٣١٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية يعيد الدعوى إلى الحالة التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه بما لا يكون معه ثمة موجب على محكمة الاستئناف أن تعيد عرض الصلح من جديد على الزوجين».

(طعن رقم ٢٩ لسنة ٥١ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٩٨٢/٢/١٦)

٣- «وحيث أن هذا النعى فى غير محله ذلك أن الفقرة الأخيرة من المادة ١١ مكرراً ثانياً من المرسوم بق٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ وإن كانت توجب تدخل المحكمة لإنهاء النزاع بين الزوجين صلحاً فى دعوى اعتراض الزوجة على إعلان زوجها لها بالدخول فى طاعته فى المسكن المعد للزوجية إلا أنها لم تستلزم القيام بهذه المحاولة فى كل مرحلة من مراحل الدعوى، لما كان ذلك وكانت محكمة أول درجة قد عرضت الصلح على الطرفين بجلسة ١٩٨٩/٢/٨ فوافقت المطعون ضدها عليه

شريطة أن يعد لها مسكناً شرعياً فإن ذلك كاف لإثبات تدخل المحكمة لإنهاء النزاع صلحاً بين الزوجين دون موجب على محكمة الاستئناف لإعادة طرحه عليهما مرة أخرى عند نظر الاستئناف مادام لم يستجد ما يدعو إليه ويكون النعى على غير أساس».

(طعن رقم ١٣٧ لسنة ٦ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٤/٢/٢٢).

٤- « القضاء بالتطليق م ٦ م بق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ شرطه. عجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين. عدم رسم طريقا معينا لمحاولة الإصلاح . مؤداه. عرض الصلح من محكمة أول درجة ورفضه من أحدهما كاف لإثبات عجز المحكمة – عن الإصلاح دون حاجة لإعادة عرضه أمام محكمة الاستئناف».

(طعن رقم ٣٨٥ لسنة ٦٣ق- أحوال شخصية- جلسة ١٩٩٧/١١/١٨)

٥-« القضاء بالتطليق م٦ م بق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ شرطه. عجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين . عدم رسم طريقا معينا لمحاولة الإصلاح. مؤداه عرض الصلح من محكمة أول درجة ورفضه من أحدهما كاف لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح دون حاجة لإعادة عرضها أمام محكمة الاستئناف».

(طعن رقم ١٨٥ لسنة ٦٤ق- أحوال شخصية- جلسة ١٩٩٨/٣/١٦)

(راجع أيضا نقض جلسة ١٩٨٧/٤/٢٨ المنشور ببند ٣٩)

٤٥- جزاء عدم تدخل المحكمة لإنهاء النزاع بين الزوجين صلحا:

أوضحنا سلفاً أن النص أوجب على المحكمة عند نظر الاعتراض التدخل لانهاء النزاع بين الزوجين صلحاً، فالتدخل لانهاء النزاع صلحا اجراء أوجبه القانون قبل أن تقضى المحكمة فى موضوع الاعتراض، وهو اجراء لصيق بالنظام العام، ومن ثم فإذا قضت المحكمة فى موضوع الاعتراض قبل التدخل لانهاء النزاع صلحاً، كان قضاؤها باطلاً بطلاناً متعلقاً بالنظام العام.

وترتيبا على ما تقدم قضي بأن:

١- «مفاد المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أن الشارع اشترط للحكم بالتطليق أن يثبت اضرار الزوج بزوجته بما لا يستطاع معه دوام العشرة وأن يعجز القاضى عن الاصلاح بينهما، مما مقتضاه وجوب تدخل المحكمة بغرض ازالة أسباب الشقاق بين الزوجين المتخاصمين فان هى قضت بالتطليق دون أن تحاول التوفيق بينهما كان قضاؤها باطلاً باعتبار أن سعيها للإصلاح قبل الحكم بالتفريق اجراء أوجبه القانون ولصيق بالنظام العام».

(طعن رقم ٢١ لسنة ٥٣ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٩٨٤/٣/٢٧).

٢- « دعوى اعتراض الزوجة على إعلان الزوج لها للدخول فى طاعته فى المسكن المعد للزوجية. وجوب تدخل المحكمة لإنهاء النزاع بينهما صلحا. علة ذلك.إغفال عرض الصلح أثره. بطلان الحكم».

(طعن رقم ٢٠٩ لسنة ٦٣ق- أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٧/١٠/١٣)

(راجع أيضا طعن رقم ٣٧٧ لسنة ٦٣ق جلسة ١٩٩٨/٥/١٩ - منشور بند ٣٩)

٣- «... ولكن لما كانت أوراق الدعوى المستأنفة قد خلت مما يفيد عرض محكمة أول درجة الصلح على الطرفين عملاً بالفقرة الأخيرة من المادة ٦ مكرراً ثانياً من القرار بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه باطلاً بطلاناً متعلقاً بالنظام العام، إلا أنه لما كان هذا البطلان والبطلان المقرر في الوجه سالف الذكر متعلقين بعيب شاب اجراء من اجراءات الخصومة ولم يمتد إلى صحيفة افتتاح الدعوى فانه يتعين على هذه المحكمة بوصفها محكمة استئنافية ألا تقف عند حد تقرير البطلان والقضاء به بل يجب عليها أن تمضي في نظر الدعوى بحكم جديد تراعي فيه الاجراءات الصحيحة الواجبة الاتباع، وإذ غفل على المحكمة أن تعرض الصلح على الطرفين مما يتعين معه اعادة الدعوى للمرافعة فيها لاتخاذ هذا الاجراء... الخ».

(محكمة استئناف بني سويف - مأمورية المنيا في الدعوى رقم ٢٨ لسنة ٢٢ق نفس - جلسة ١٩٨٧/٣/٢٣).

٤٦- إيجاب اثبات تدخل المحكمة لانهاء النزاع بين الزوجين صلحا بأسباب الحكم:

لما كان تدخل المحكمة لانهاء النزاع بين الزوجين صلحاً عند نظر دعوى الاعتراض على انذار الطاعة اجراء أوجبه القانون قبل قضاء المحكمة في موضوع الاعتراض ويترتب على اغفاله بطلان الحكم - على نحو ما سلف بيانه - فإنه يتعين على المحمكة اثبات قيامها بهذا التدخل في أسباب حكمها، وإلا كان الحكم مشوباً بالقصور في التسبيب بما يبطله.

٤٧- اتفاق عرض الصلح الذي اوجبته المادة ونص الفقرة الأولي من المادة ١٨ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠:

نصت المادة ١٨ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ فى فقرتها الأولى على أن: « تلتزم المحكمة فى دعاوى الولاية على النفس بعرض الصلح على الخصوم ، ويعد من تخلف عن حضور جلسة الصلح - مع علمه بها- رافضاله».

وبذلك يكون ما أوجبته المادة ١١ مكررا ثانيا على المحكمة عند نظر الاعتراض من التدخل لإنهاء النزاع بين الزوجين صلحا باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة، متفقا مع النص سالف الذكر. وقد اعتبرت المادة ١٨ من تخلف عن حضور جلسة الصلح- مع علمه بها- رافضا له.

ويكفى لتحقق علم الخصم بجلسةالصلح إعلانه بها سواء عن طريق الخصم أو عن طريق قلم الكتاب طبقا للقواعد المقررة فى قانون المرافعات، ولايشترط أن أن يكون الإعلان لشخصه.

غير أنه يلاحظ أنه طبقا للحكم الصادر من محكمةالنقض بتاريخ ١٩٩٨/٥/١٩ (المنشور ببند ٣٩) لايكفى مجرد عرض الصلح على الطرفين دون السعى له بالتفصيل السابق إيضاحه.

وقد ذهبت محكمة النقض - فى حكم غير منشور- قبل صدور القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ إلى أنه لايكفى للإصلاح بين الزوجين قيام أى من الزوجين بإعلان الآخر وتكليفه بالحضور أمام المحكمة لتقوم بالتوفيق بينهما وعدم حضوره هذه الجلسة.

إذ قضت بتاريخ ١٩٩٤/١/١٨ في الطعن رقم ١٠٥ لسنة ٦٠ - احوال شخصية - بأن :

« خلو محاضر جلسات محكمة أول وثانى درجة من إثبات أن محاولة للإصلاح بين الزوجين قد بذلت وأنهما أو وكلائهما المصرح لهم بالصلح لم يستجيبوا لهذه المحاولات مما يتحقق معه شرط عجز القاضى عن الإصلاح اللازم للحكم بالتطليق للضرر. لايكفى لإثباته قيام المطعون ضدها بإعلان الطاعن وتكليفه بالحضور أمام محكمة أول درجة لتقوم بالتوفيق بينهما وعدم حضوره هذه الجلسة. تضمين الحكم المطعون فيه رغم ذلك عجز المحكمة عن الإصلاح بينهما. لاسند له من الأوراق. قضاؤه بالتطليق رغم تخلف هذا الشرط. مخالفة للقانون» .

٤٨- يجوز للمحكمة ان تندب اخصائيا اجتماعيا او اكثر لتقديم تقرير عن الحالة المعروضة عليها أو عن مسألة فيها :

راجع فى التفصيل بند (٢٤) .

٤٩- إثبات أوجه الاعتراض علي إنذار الطاعة طبقا للمذهب الحنفي:

يسرى على إثبات أوجه الاعتراض على إنذار الطاعة الأحكام المنصوص عليها فى المذهب الحنفى، فيكون نصاب الشهادة شهادة رجلين أو رجل وامرأتين رغم أن المشرع نقل أحكام المادة ١١ مكررا ثانيا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٩ المضافة بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فيما يتعلق بدعوة الزوج زوجته للدخول فى طاعته واعتراضها على ذلك من مذهب الإمام مالك لأنه لم يحل فى إثباتها إلى هذا المذهب وذلك عملا بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الملغاة ومن بعدها الفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون إصدار القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض

أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية التي تقضي بأن: « تصدر الأحكام طبقا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة[1].

وقد أوضحت ذلك تفصيلا محكمة النقض في حكم حديث لها صادر بتاريخ ١٩٩٨/٧/١ في الطعن رقم ٢٩٢ لسنة ٦٣ق- أحوال شخصية- ذهبت فيه إلي أن : « إذ كانت المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية تقضي بأن تصدر الأحكام في مسائل الأحوال الشخصية طبقا للمدون في هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة فيما عدا الأحوال التي ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فتصدر الأحكام طبقا لها، وكان المشرع بعد أن نقل أحكام المادة ١١ مكرر ثانيا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٩ المضافة بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ **فيما**

---

(١) وكانت الفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون إصدار القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية - كما وردت بمشروع الحكومة تنص على أن: « تصدر الأحكام طبقا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة، **وذلك عدا قواعد الإثبات فيعمل في شأنها بأرجح الأقوال في المذاهب الفقهية الأربعة**»، إلا أن مجلس الشورى حذف عبارة « وذلك عدا قواعد الإثبات فيعمل في شأنها بأرجح الأقوال في المذاهب الفقهية الأربعة» ووافقته اللجنة المشتركة بمجلس الشعب على هذا الحذف وصدر النص بصورته الراهنة .

يتعلق بدعوة الزوج زوجته للدخول فى طاعته واعتراضها على ذلك من مذهب الإمام مالك لم يحل فى إثبات عناصرها إلى هذا المذهب، كما لم ينص على قواعد خاصة فى هذا الشأن، ومن ثم يتعين الرجوع فى ذلك إلى أرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة عملا بنص المادة ٢٨٠ سالفة الذكر، فتكون البينة من رجلين أو رجل وأمرأتين فى خصوص إثبات الأوجه الشرعية التى تستند إليها الزوجة فى امتناعها عن طاعة زوجها».

(طعن رقم ٢٩٢ لسنة ٦٣ق- أحوال شخصية- جلسة ١٩٩٨/٧/١)

٥٠- قضاء المحكمة فى حالة إنهائها النزاع صلحا:

إذا توصلت المحكمة إلى الاصلاح بين الزوجين واستمرار العشرة بينهما بالمعروف، فانها تقضى برفض الاعتراض على انذار الطاعة.

٥١- الوضع فى حالة استحكام الخلاف بين الزوجين:

إذا اخفقت المحكمة فى الاصلاح بين الزوجين، فقد يبين لها أن الخلاف مستحكم بينهما، كأن يكون أساس اعتراض الزوجة عدم شرعية المسكن، وأصر الزوج على عدم اعداد مسكن شرعى لها.

واستحكام الخلاف بين الزوجين من المسائل الموضوعية التى تخضع لتقدير قاضى الموضوع على ضوء ما يتبينه من أوراق الدعوى ومستنداتها وظروف الحال.

ويجوز للمحكمة استخلاص استحكام الخلاف بين الزوجين من إصرار الزوجة على الطلاق وعجزها عن التوفيق بينهما. وتكون المجادلة فى ذلك من المسائل الموضوعية التى تنحسر عنها رقابة محكمة النقض.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- «وحيث أن هذا النعى مردود بما جرى عليه قضاء هذه المحكمة من أنه إذا كان ما أورده الحكم المطعون فيه سائغاً وله أصله الثابت فى الأوراق ويكفى لحمل قضائه فإن المجادلة فى ذلك لا تعدو أن تكون مجادلة موضوعية فيما تستقل محكمة الموضوع بتقديره وتنحسر عنه رقابة محكمة النقض. لما كان ذلك وكان البين من حكم محكمة أول درجة - المؤيد بالحكم المطعون فيه - أنه استخلص استحكام الخلاف بين الطاعن والمطعون ضدها من إصرار الأخيرة على الطلاق، وعجز الحكمين عن التوفيق بينهما، وهو استخلاص موضوعى سائغ مما له أصله الثابت فى الأوراق ويكفى لحمل قضائه بتطليق المطعون ضدها على الطاعن، وكان النعى بهذا السبب إذ يورد فى هذا الشأن حول تعيب هذا الاستخلاص فإنه لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً تنحسر عنه رقابة هذه المحكمة».

(طعن رقم ٢٠٥ لسنة ٥٩ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩١/٣/٥).

٢- « مفاد نص الفقرة الخامسة من المادة ١١ مكرراً (ثانيا) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ والفقرة الأولى من المادة ١١ من ذات القانون أنه إذا طلبت الزوجة التطليق من خلال دعواها بالاعتراض على دعوة الزوج لها للعودة لمنزل الزوجية يتعين على المحكمة إذا استبان لها- عند التدخل بين الزوجين لإنهاء النزاع صلحاً - أن الخلاف بينهما مستحكم أن تتخذ إجراءات التحكيم فإذا اتفق الحكمان على التطليق فعلى المحكمة أن تقضى بما قرراه إذ أن الحكمين طريقهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة لأن الحكم فى اللغة هو الحاكم فإذا اتفق

الحكمان فإن قرارهما ينفذ فى حق الزوجين وإن لم يرتضياه ويلتزم به القاضى».

(طعن رقم ١٢ لسنة ٦٣ق- أحوال شخصية- جلسة ١٩٩٦/١٠/٢٨)

ولتحديد موقف المحكمة فى حالة استحكام الخلاف بين الزوجين يجب التفرقة بين فرضين:

الفرض الأول: ألا تطلب الزوجة التطليق.

الفرض الثانى: أن تطلب الزوجة التطليق.

ونعرض لهذين الفرضين بالتفصيل على النحو التالى:

٥٢- اولاً: عدم طلب الزوجة التطليق:

إذا لم تطلب الزوجة من المحكمة التطليق، فانه يجب على المحكمة أن تفصل فى موضوع الاعتراض، اما بالقبول أو الرفض، وذلك على ضوء ما يستبين لها من أوراق الدعوى ومستنداتها وما تجريه من تحقيق.

فاذا ثبت لها أن الاعتراض على انذار الطاعة يقوم على أساس سليم، كأن يكون مبناه عدم أمانة الزوج عليها، وتحقق للمحكمة عدم أمانته، قضت بعدم الاعتداد بانذار الطاعة، واعتباره كأن لم يكن. وإذا ثبت لها أن الاعتراض لا يقوم على أساس سليم قضت برفضه والاعتداد بانذار الطاعة.

والزوجة باعتبارها مدعية فى الاعتراض يقع عليها عبء اثبات أوجه اعتراضها بكافة طرق الاثبات الشرعية.

ومعـنى ذلك أن لجوء الزوج إلى طريق انذار الطاعـة يلقى عبء اثبـات عدم توافر شروط الطاعة على الزوجة، بينما لو سلك الزوج طـريق دعـوى الطـاعة بالاجراءات المعـتادة، فانه يكون المدعي والمكلف باثبـات توافر شروط الطـاعة.

٥٣ - ثانياً: طلب الزوجة للتطليق:

إذا طلبـت الـزوجـة التطليق وجـب على المحكمـة بصريح النص اتـخاذ اجـراءات التـحكيـم الموضـحة في المـواد مـن (٧ إلى ١١) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المستبدلة بالقانون القانون رقم ١٠٠ لسنـة ١٩٨٥ والتى ألغيت وحلت محلهـا المادة ١٩ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصـدار قانون تنظيم بعض أوضـاع وإجـراءات التـقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية.

ويشتـرط فى طلب التطليق الذى يوجب على المحكمـة اتخاذ اجراءات التحكيم المشار إليها ما يأتى:

١ - أن تبدى الزوجة طلب التطليق أمام محكمة أول درجة، فلا يجوز طلبه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف لأنه يعد عندئذ طلباً جديداً.

وهذا الطلب يعتبر طلباً عارضاً افترض القانون مقدماً وجود ارتباط بينه وبين الطلب الأصلى، وهو عدم الاعتداد بإعلان الزوج زوجته للعودة لمنزل الزوجيـة، فـلا يكون للقـاضى أية سلطة فى تقـدير وجود هذا الارتبـاط من عدمه، وعلى المحكمة التصدى لهذا الطلب.

والطلب المذكور قد يبدى شفاهة بالجلسة فى مواجهة المعترض ضده، أو بمذكرة يثبت اطلاعه عليها أو إعلانها إليه، أو بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى.

٢- أن تبدى الزوجة طلب التطليق بعد أن يبين للمحكمة استحكام الخلاف بينها وبين زوجها أى بعد فشلها فى انهاء النزاع بينهما صلحاً، وهذا واضح من صياغة المادة، فقد نصت على أن «... فاذا بان لها أن الخلاف مستحكم وطلبت الزوجة التطليق اتخذت المحكمة اجراءات التحكيم... الخ». وعلى ذلك إذا أبدى طلب التطليق فى صحيفة الاعتراض أو أبدى بطلب عارض قبل ذلك فإنه يكون قبل أوانه، ولا يعد مطروحاً على المحكمة بعد أن يستبين لها استحكام الخلاف بين الزوجين، إلا إذا تمسكت به الزوجة(١).

وإذا طلبت الزوجة فى صحيفة الاعتراض تطليقها على زوجها للضرر، فإن هذا الطلب تحكمه المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التى توجب أن يكون الضرر واقعاً من الزوج ويكون مطروحاً على المحكمة.

---

(١) المستشار أحمد نصر الجندى فى الأحوال الشخصية ص٢٥٥ وقارن كمال البنا فى مرافعات الأحوال الشخصية ص٢٠٥ فيرى أنه يكفى للسير فى اجراءات التحكيم أن تضيف الزوجة فى صحيفة الاعتراض طلب الطلاق.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١ - «وحيث أن هذا النعى فى محله ذلك أن النص فى المادة ١١ مكرراً ثانياً من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أنه «... وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض، أو بناء على طلب أحد الزوجين التدخل لإنهاء النزاع بينهما صلحاً باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة فإذا بان لها أن الخلاف مستحكم وطلبت الزوجة التطليق اتخذت المحكمة اجراءات التحكيم الموضحة فى المواد ٧ - ١١ من هذا القانون - مؤداه - أن سلوك المحكمة إجراءات التحكيم فى دعوى الاعتراض شرطه استحكام الخلاف بين الزوجين وأن تطلب الزوجة التطليق من خلال دعوى الاعتراض على إنذار الطاعة لما كان ذلك وكانت المطعون ضدها قد جمعت فى صحيفة افتتاح دعواها بين طلب الاعتراض على إعلان الطاعن لها للعودة إلى منزل الزوجية وبين طلب تطليقها عليه للضرر وكان التطليق على هذا النحو لا يخضع لحكم المادة الحادية عشر مكرراً ثانياً من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وانما تحكمه المادة السادسة منه - لما كان ذلك، وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أعمل فى شأن الواقعة المطروحة المادة الحادية عشرة من المرسوم بق٢٥ لسنة ١٩٢٩ حيث كان يتعين إعمال حكم المادة السادسة من هذا القانون فانه يكون معيباً بمخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه بما يستوجب نقضه».

(طعن رقم ٢٣٤ لسنة ٥٩ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٢/٧/٢١)

(ذات المبدأ طعن رقم ٩٩ لسنة ٦٠ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩١/٦/١١)

وقد قضت ايضاً بأن:

١- «طلب الزوجة التطليق من خلال اعتراضها على إعلان الطاعة بسبب استحكام الخلاف بين الزوجين. م١١ مكرر ثانياً م بق٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بق ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ اختلافه فى السبب عن دعوى التطليق للضرر. م ٦ من ذات القانون».

(طعن رقم ١٤٦ لسنة ٦٠ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩١/١/٢٢)

(ذات المبدأ طعن رقم ١٠٤ لسنة ٥٨ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٠/١٢/١٨).

٢- «حيث أن هذا النعى فى الوجه الأول مردود بأن من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن السبب فى دعوى التطليق طبقاً للمادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ٢٩ يخالف السبب فى طلب الزوجة التطليق أثناء نظر اعتراضها على دعوة زوجها لها للعودة إلى منزل الزوجية الذى تحكمه المادة ١١ مكرراً ثانياً من ذات القانون، إذ تقوم الدعوى الأولى على ضرر يقع من الزوج على زوجته بحيث لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما، بينما تقوم الثانية على الخلاف المستحكم بينهما. لما كان ذلك، فإن القضاء برفض الدعوى الأولى لا يمنع من نظر الدعوى الثانية، وكان يشترط للحكم بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها أن يتحد الموضوع والخصوم والسبب فى الدعويين، بحيث إذا تخلف أحد هذه الشروط امتنع تطبيق قاعدة قوة الأمر المقضى، وكان الثابت من الأوراق أن المطعون ضدها طلبت التطليق فى الدعوى رقم ١٠١٩ لسنة ٨٥ كلى أحوال شخصية الجيزة للضرر الذى تحكمه المادة السادسة، ثم طلبت بعد ذلك التطليق فى الدعوى رقم ٧٩٢ لسنة ٨٦ كلى أحوال شخصية الجيزة من خلال اعتراضها على إعلان الطاعن لها للعودة إلى منزل الزوجية الذى تحكمه المادة ١١ مكرراً ثانياً بما يكون معه السبب فى كل من

الدعويين مغايراً للسبب فى الدعوى الأخرى، ولا يكون للحكم الصادر برفض الدعوى الأولى حجية مانعة من نظر الثانية».

(طعن رقم ٢٠٥ لسنة ٥٩ق (أحول شخصية) جلسة ١٩٩١/٣/٥).

٣- «سلوك المحكمة إجراءات التحكيم فى دعوى الاعتراض على إنذار الطاعة. شرطه. جمع المطعون ضدها بين الاعتراض على إنذار الطاعة وطلب التطليق للضرر. خضوع التطليق على هذا النحو للمادة السادسة من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . إعمال الحكم المطعون فيه فى شأن الواقعة المطروحة المادة ١١ من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ حيث كان يتعين إعمال حكم المادة ٦ منه. مخالفة للقانون وخطأ فى تطبيقه».

(طعن رقم ٢٣٤ لسنة ٥٩ق (أحوال شخصية) جلسة ١٩٩٢/٧/٢١)

٤- «التحكيم فى دعوى الاعتراض على إنذار الطاعة شرطه. استحكام الخلاف بين الزوجين وطلب الزوجة التطليق من خلال دعوى الاعتراض. الجمع فى صحيفة الدعوى بين الاعتراض وطلب التطليق للضرر. أثره. وجوب أن يكون الضرر واقعاً من الزوج دون الزوجة للحكم بالتطليق. استناد الحكم على تقرير الحكمين دون بحث توافر هذا الشرط. خطأ فى القانون».

(طعن رقم ١٥٠ لسنة ٦٠ق (أحوال شخصية) جلسة ١٩٩٤/١/٢٥)

٥-« إبداء طلب التطليق للضرر ضمن صحيفة دعوى الإعتراض . مؤداه . عدم التزام المحكمة باتخاذ إجراءات التحكيم. اتخاذ تلك الإجراءات. أثره اعتبار تقرير الحكمين ورقة من أوراق الدعوى. عدم تقيد المحكمة به وخضوعه لتقديرها فى مجال الإثبات».

(طعن رقم ٢٧٠ لسنة ٦٢ ق- أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٧/١/١٣)

٦- « تضمين الزوجة صحيفة دعواها بالاعتراض على دعوتها لطاعة زوجها طلب التطليق عليه للضرر . اعتباره من طلبات الدعوى القائمة بذاتها . مؤداه. عدم اتخاذ إجراءات التحكيم فيه. اتخاذها . أثره. اعتبار تقرير الحكمين ورقة من أوراق الدعوى» .

(طعن رقم ١٠٧ لسنة ٦٢ ق - أحوال شخصية- جلسة ١٩٩٧/١/٢٧)

ويلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة ١٨ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ نصت على أنه فى دعاوى الطلاق والتطليق لايحكم بهما إلا بعد أن تبذل المحكمة جهدا فى محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز عن ذلك ، فإن كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لاتقل عن ثلاثين يوما ولاتزيد على ستين يوما.

وعلى ذلك إذا كانت المحكمة قد بذلت جهدا فى محاولة الصلح بين الزوجين وعجزت قبل إبداء طلب التطليق فإنه لامبرر لإعادة هذه المحاولة بعد طلب التطليق ، إلا إذا كان للزوجة ولد وبذلت المحكمة جهدا فى محاولة الصلح مرة واحدة، إذ يجب بذل هذه المحاولة مرتين على الأقل بالتفصيل السابق.

٥٤- تنازل الزوج عن إنذار الطاعة لا يؤثر علي نظر طلب التطليق :

إذا تنازل الزوج عن إنذاره للزوجة بدخولها فى طاعته ، فإن هذا الإنذار يضحى غير قائم لأنه لم يعد يتمسك بما ورد فيه، غير أنه إذا كانت الزوجة قد أبدت طلب التطليق فإن هذا الطلب يظل مطروحا على المحكمة ويتعين عليها الفصل فيه لاستقلاله عن طلبها المتعلق بالاعتراض على إنذار الطاعة.

وفي هذا قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٩٦/١٠/٢٨ في الطعن رقم ١٢ لسنة ٦٣ ق - احوال شخصية- بان :

١- «حق الزوجة فى أن تطلب التطليق من خلال دعواها بالاعتراض

على دعوة زوجها لها بالعودة لمنزل الزوجية وذلك عملا بنص المادة ١١ مكرراً (ثانياً) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، ولئن كان يترتب على تنازل الزوج عن إنذاره لها للدخول في طاعته وأن هذا الإنذار يكون غير قائم لأنه لم يعد يتمسك بما ورد فيه، وينبنى على ذلك زوال خصومة دعوى الاعتراض عليه، إلا أنه طالما كانت الزوجة المعترضة على هذا الإنذار قد طلبت التطليق للضرر فإنه هذا الطلب يظل مطروحا على المحكمة ويتعين الفصل فيه لاستقلاله عن طلبها المتعلق بالاعتراض على إنذار الطاعة لاختلاف المناط بين الطلبين من حيث الموضوع والسبب إذ يدور الطلب الخاص بالاعتراض على إنذار الطاعة حول مدى التزام الزوجة بواجب القرار فى مسكن الزوجية وما إذا كان لديها مبرر شرعى يدعوها إلى عدم العودة إليه، بينما يقوم الطلب الثانى على ادعاء الزوجة إضرار الزوج بها بما لايستطاع معه دوام العشرة بينهما».

٢- «تنازل الزوج عن حقه فى إلزام زوجته بطاعته على النحو الوارد بالإنذار الموجه منه إليها لايؤثر فى حقها فى طلب التطليق مادام قد أبدى بالطريق الذى رسمه القانون لأن النشوز بفرض حصوله لايمنع من نظر دعوى التطليق والفصل فيها وتنازل الخصم عن حق أو إجراء إتخذه لايسقط حق الخصم الآخر فى طلباته طالما كانت هذه الطلبات لاتتعلق بذات الحق المتنازل عنه من حيث الموضوع والسبب وإلا كان هذا التنازل سبيلا لمنع الفصل فى طلبات الخصوم الآخرين رغم مغايرة الحقوق التى يتمسك بها كل خصم بما ينطوى على مصادرة بعض الخصوم للطلبات المبداة من غيرهم إذا تحقق

الخصم من ضعف موقفه فى الدعوى وأن المصير فيها إلى الحكم لصالح خصومه ! .

ومن باب أولى لا يتعين على المحكمة اتخاذ اجراءات التحكيم إذا أبدت الزوجة طلب التطليق فى دعوى أخرى ولو كانت ترتبط بدعوى الاعتراض على انذار الطاعة ومنظورة بذات الجلسة المنظورة فيها.

وقد قصد المشرع بهذا الترتيب الإجرائى أن تتمهل الزوجة فى طلب التطليق حتى لاتنفصم عرى الزوجية لمجرد طلب زوجها لها العودة إلى مسكن الزوجية .كما قصد أيضا أن تتمهل المحكمة فى الحكم بالتطليق لمجرد أن يثبت أمامها استحكام الخلاف بين الزوجين وأشرك المشرع مع المحكمة آخرين يتعرفون حالهما وينظرون فى أمرهما، ويستظهرون بواطن الأمور، ويستوضحون ماخفى بينهما حول طلب عودة الزوجة لمسكن الزوجية[1].

---

(١) المستشار أحمد نصر الجندى التطليق من خلال الاعتراض على انذار الطاعة بحث منشور بمجلة القضاة السنة ٢٥ - العدد الأول يناير - يونيو ١٩٩٢ ص٧٩ .

إجراءات التحكيم والقضاء في طلب التطليق

أولاً : بعد العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.

٥٥- النص القانوني:

المادة (١٩) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ :

« فى دعاوى التطليق التى يوجب فيها القانون ندب حكمين يجب على المحكمة أن تكلف كلا من الزوجين بتسمية حكم من أهله - قدر الإمكان - فى الجلسة التالية على الأكثر، فإن تقاعس أيهما عن تعيين حكمه أو تخلف عن حضور هذه الجلسة عينت المحكمة حكما عنه.

وعلى الحكمين المثول أمام المحكمة فى الجلسة التالية لتعيينهما ليقررا ما خلصا إليه معا، فإن اختلفا أوتخلف أيهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوالهما أو أقوال الحاضر منهما بعد حلف اليمين.

وللمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان أوبأقوال أيهما ، أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوى».

٥٦- الأصل الشرعي للتحيكم :

الأصل فى التحكيم قوله تعالى: ﴿وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما إن

الله كان عليما خبيرا﴾ (١) وقد جاء هذا عقب قوله تعالى: ﴿الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن الله كان عليا كبيرا﴾ (٢). فقد تضمنت الآيتان فى مجموعهما معالجة حالات النشوز من الزوجة، فاذا وقع الشقاق بين الزوجين واستحكم التجأ ولى الأمر الى التحكيم لأن جمهور الفقهاء على أن المخاطب بقوله «وان خفتم» هم الحكام والأمراء (٣).وإجراءات التحكيم المبينة فى المادة ١٩ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية تسرى أيضا عند طلب الزوجة التطليق للضرر إذا رفعت الدعوى ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر (م ٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩).

---

(١) الآية ٣٥ من سورة النساء.

(٢) الآية ٣٤ من سورة النساء.

(٣) الدكتور محمد بلتاجى دراسات فى الأحوال الشخصية ص ١٣٦ وما بعدها .

(٤) وتنص هذه المادة على أنه :«اذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها بما لايستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة اذا ثبت الضرر وعجز عن الاصلاح بينهما فاذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضى حكمين على الوجه المبين بالمواد (٧، ٨، ٩، ١٠، ١١)- وقد رأينا أن المادة ١٩ من القانون (١) لسنة ٢٠٠٠ حلت محل المواد الأخيرة.

٥٧- شروط الحكمين :

لم تتضمن المادة ١٩ شروطا تفصيلية يجب توافرها فى الحكمين ، واكتفت بأن يكون الحكم من أهل كل من الزوجين قدر الإمكان.

وعلى ذلك فالأصل أن يكون الحكم الذى يختاره الزوج من أهله وأن يكون الحكم الذى تختاره الزوجة من أهلها فإذا تعذر ذلك فإنه يجوز أن يكون الحكم أجنبيا أى ليس من أهل الزوج أو أهل الزوجة ، وهو ما عبرت عنه المادة بأن : «..... تكلف كلا من الزوجين بتسمية حكم من أهله قدر الإمكان».

والحكمة من اختيار الحكمين من أهل الزوجين إن أمكن، أن ما ينشأ من خلاف بين الزوجين ينذر بالفرقة يكون معلوما لدى أهل الزوجين ، فلا يستطيع الزوجان التمويه على الحكمين إذا كانا من أهلهما فى وقائع النزاع وأسبابه، كما أنهما بهذه الصفة يكونان أقرب إلى نفسيهما وأدعى إلى إفضائهما لهما بما فى ضمائرهما من الحب والبغض وإرادة الفرقة أوالصحبة وستر لهما على ما ينسبه كل منها للآخر من وقائع أدت إلى الخلاف تمس الزوجين وقد تمتد إلى سمعة الأولاد مما يجب حجبه عن الأجانب.

وعبارة أهل الزوجين جاءت عامة بالنص ، ومن ثم لايشترط أن يكون الحكمان من العصبات .

وإذا لم يكن للزوجين أهل، أو كان لهما أهل ليس من بينهم من يصلح

للتحكيم، اختارا الحكمين من غير أهلهما. ويحسن أن يكون الحكمان الأجنبيان ممن لهم خبرة بحال الزوجين وقدرة على الإصلاح بينهما.

وكانت المادة ٧ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ تنص على ذلك صراحة.

وقد قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٧٥/٥/٢٨ في الطعن رقم ١٣ لسنة ٤٢ ق - احوال شخصية- بأن :

«وحيث أن النعي مردود في وجهه الأول بأن النص فى المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه «يشترط فى الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين ان أمكن، والا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الاصلاح بينهما» يدل على أنه يشترط فى الحكمين أن يكونا عدلين رشيدين من أهل الزوجين ان أمكن، فان لم يوجد من أقاربهما من يصلح لهذه المهمة عين القاضى حكمين أجنبيين ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الاصلاح وازالة الخلف بينهما، ولما كان من الأصول الفقهية المتواضع عليها أنه اذا أطلق النص فى التشريع وجب الرجوع الى مأخذه، وكان المعول عليه فى مذهب المالكية المستمد منه هذا النص أنه اذا لم يكن فى الأهل أحد يوصف بما يستحق به التحكيم أو كان الزوجان ممن لاأهل لهما فيختار من هو عدل من غيرهما من المسلمين، مما مؤداه أنه لايشترط أن يكون للحكمين المنتدبين من دائرة الأقارب اتصال شخصى بالزوجين قريبين منهما مطلعين على أحوالهما ويكفى أن يكون لهما من الخبرة العامة مايستطيعان به التوفيق بين الزوجين، لما كان ذلك وكان البين من الاطلاع على الأوراق أن محكمة أول درجة عينت فى البداية حكمين من أهل الزوجين بناء على ترشيحهما، غير أن حكم الزوج تعمد عدم القيام

بالمهمة، فقضت المحكمة بندب آخرين أجنبيين، وكان لم يوجه أى مطعن الى عدالتهما، فان الحكم لايكون قد خالف قواعد الشرع الاسلامى».

ولاينبغى الرجوع إلى مذهب الإمام مالك فى بيان شروط الحكمين - كما كان الحال قبل العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، لأن القانون الأخير لم يستمد قواعد التحكيم من هذا المذهب وحده بل لم يأخذ بسلطة الحكمين المنصوص عليها، فى المذهب المذكور كما سنرى. ومن ثم تعين الرجوع فى هذه الشروط إلى الراجح فى المذهب الحنفى عملا بالفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون إصدار القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ التى تقضى بأن تصدر الأحكام طبقا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيها لم يرد بشأنه نص فى تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبى حنيفة. والأحناف يشترطون فى الحكم - كالشاهد والقاضى - العدالة.

فلا يكون الفاسق حكما، أوالصبى والمجنون (والعبد) والسفية [(١)] وكانت المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (الملغاة) تنص على هذا الشرط صراحة.

وقد قضت محكمة النقض في ظل هذا النص بأن :

« وحيث أن النعى مردود فى وجهه الأول بأن النص فى المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه : « يشترط فى الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن، وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما » يدل على أنه يشترط فى الحكمين أن يكون عدلين رشيدين .... الخ».

(طعن رقم ١٣ لسنة ٤٢ق- أحوال شخصية - جلسة ١٩٧٥/٥/٢٨)

---

(١) شرح فتح القدير جـ٧ ص ٣١٦.

٥٨- هل يجوز أن يكون الحكمان أو أحدهما من النساء؟

سنرى أن المادة ١٩ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ لم تستمد من المذهب المالكى وحده ، كما كان الحال فى مواد التحكيم المنصوص عليها فى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والمستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ . ومن ثم فإنه لايجوز الرجوع إلى هذا المذهب فى جواز تعيين الحكمين أو أحدهما من النساء، وإنما يرجع فى هذا الشأن إلى الراجح من المذهب الحنفى عملا بالفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون إصدار القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠.

والمقرر فى المذهب الحنفى أنه يشترط فى الحكم صلاحيته للقضاء، والمرأة عندهم تصلح للقضاء فى كل شئ إلا فى الحدود والقصاص ، اعتبارا بشهادتها ، فشهادتها جائزة فى غير الحدود والقصاص، ولذلك أجازوا أن تكون المرأة حكما.

وعلى ذلك يجوز أن يكون الحكمان أو أحدهما من النساء.

وقد جاء فى كتاب آداب القاضى ببدائع الصنائع جـ ٧ سنة ١٩٨٢ ص٣ :

« وأما بيان من يصلح للقضاء فنقول الصلاحية للقضاء لها شرائط منها.... وأما الذكورة فليست من شرائط التقليد فى الجملة لأن المرأة من أهل الشهادات فى الجملة إلا أنها لاتقضى بالحدود والقصاص لأنها لا شهادة لها فى ذلك وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة.... ثم ما ذكرنا أنه شرط جواز التقليد فهو شرط جواز التحكيم»[١] .

---

(١) راجع أيضا حاشية ابن عابدين جـ٥ طبعة ١٩٦٦ ص ٤٢٨ - شرح فتح القدير جـ٧ طبعة ١٩٧٠ ص(٢٥٧).

٥٩- كيفية اختيار الحكمين :

إذا استبان للمحكمة التى تنظر الاعتراض على إنذار الطاعة أن الخلاف مستحكم بين الطرفين ، وطلبت الزوجة التطليق وجب على المحكمة فى الجلسة التالية على الأكثر لتبينها ذلك تكليف كل من الزوجين باختيار حكم من أهله ، أو من غير أهله أى أجنبى إذا تعذر ذلك وعلى الطرفين تسمية هذا الحكم ، وعلى المحكمة إثبات اسمه بمحضر الجلسة . ولايشترط اختيار الزوج أوالزوجة الحكم بنفسيهما ، وإنما يجوز الاختيار من وكيليهما بشرط وجود وكالة خاصة (م٧٦ مرافعات) .

فإذا مثل الزوجان بالجلسة المذكورة وامتنعا أو امتنع أحدهما عن تسمية حكم من أهله أوتخلفا أوتخلف أحدهما عن حضور هذه الجلسة قامت المحكمة بتعيين حكم عنه ، وفى الغالب يتعذر على المحكمة تعيين حكم من أهل الزوج أو الزوجة دون إطالة المدة لما يتطلبه ذلك من الرجوع إلى رجال الإدارة المحليين أو غيرهم فى ذلك ، فتعين حكما أجنبيا ، ومن أمثلة الحكم الأجنبى الذى تعينه المحكمة أخصائى اجتماعى بمكتب التوجيه الأسرى أو إمام المسجد أو ناظر المدرسة.

ولايوجد ما يمنع المحكمة من منح الزوجين أوأحدهما مهلة أخرى لتسمية حكم ، إذا لم يقم بذلك بالجلسة الأولى. لأن الحكم الوارد بالمادة تنظيمى ولايترتب على مخالفته ثمة جزاء .

٦٠- تعيين المحكمة للحكمين وبعثهما لأداء مأموريتهما :

بعد الانتهاء من تسمية الحكمين على النحو المبين بالبند السابق، يجب على المحكمة تعيين الحكمين وبعثهما لمباشرة مأموريتهما ، وذلك بقرار يثبت بمحضر الجلسة تبين فيه هذه المأمورية ، وهى الالتقاء بالزوجين للتعرف على أساب الشقاق بينهما، وما إذا كان الزوج أوالزوجة هو المتسبب فيه ، أم أن سببه يرجع إليهما معا، ومدى إسهام كل منهما فيه، وأن يبذلا جهدهما فى الإصلاح بينهما على أى طريقة ممكنة ،كما تحدد المحكمة الجلسة التالية لتعيينهما للمثول أمام المحكمة، وعلى المحكمة تكليف قلم الكتاب بإعلان الحكمين بالقرار الصادر منها على الوجه المبين بقانون المرافعات ، مالم يكن الحكمان قد حضرا أمام المحكمة وعلما بالقرار .

٦١-مباشرة الحكمين للمأمورية :

على الحكمين مباشرة المأمورية التى بعثا من أجلها على الوجه الذى حدده القرار الصادر بتعيينهما.

والملاحظ أن النص لم يقيد الحكمين بثمة إجراءات يتخذانها قبل مباشرة المأمورية أو أثناء مباشرتها، ويبدو أن المشرع قصد من ذلك تمكينهما من إنجاز مأموريتهما بأسرع وقت ممكن.

ومن ثم فإنه يكون للحكمين إخطار الزوجين ببدء مباشرة مأموريتهما بأى وجه . كما يجب عليهما الالتقاء بهما مالم يمتنعان أو يمتنع أحدهما عن ذلك – حتى يمكن أداء مأموريتهما بالدقة الواجبة .

ولم يتطلب النص من الحكمين إثبات الإجراءات التى قاما بها فى محضر، أوتقديم تقرير كتابى بما خلصا إليه من أداء مأموريتهما.

٦٢- مثول الحكمين أمام المحكمة في الجلسة التالية لتعيينهما:

أوجبت الفقرة الثانية من المادة على الحكمين المثول أمام المحكمة فى الجلسة التالية لتعيينهما، فإذا مثل الحكمان وكانا متفقين فى رأيهما قررا أمام المحكمة ما خلصا إليه معا، وتثبت المحكمة ذلك بمحضر الجلسة .

فإن اختلف الحكمان فى الرأى أو تخلف أيهما عن الحضور بالجلسة تسمع المحكمة أقوالهما أو أقوال الحاضر منهما بعد حلف اليمين.

وصياغة الفقرة الثانية من المادة جاءت معيبة ، فهى تنص على أنه إذا كان الحكمان متفقين فى الرأى فإنهما يقرران أمام المحكمة ما خلصا إليه معا، دون أن توجب تحليفهما اليمين.

والصواب أن يسأل كل منهما على انفراد وبعد حلفه اليمين . فليس هناك من مبرر فى التفرقة فى حلف اليمين بين حالة اتفاقهما وحالة اختلافهما ، التى أوجبت فيها الفقرة المذكورة تحليفهما اليمين . وكان من الأوفق أيضا تحليفهما اليمين قبل مباشرتهما للمأمورية التى بعثا من أجلها ، كما كان الحال فى ظل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ذلك أن حلفهما اليمين يؤدى إلى إخلاصهما فى أداء مأموريتهما فينتج التحكيم آثاره فى الإصلاح بين الزوجين، كما أنها ضرورية لاطمئنان المحكمة إلى ما يقررانه أمام المحكمة فيما خلصا إليه فى مأموريتهما.

٦٣- رأي الحكمين استشاري للمحكمة :

رأى الحكمين غير ملزم للمحكمة بل هو استشارى لها، فلها أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان معا إذا اتفقا أو بأقوال أيهما إذا اختلفا ، ولها ألا تأخذ برأى الحكمين معا أو برأى أحدهما، وأن **تكون عقيدتها في طلب التطليق**

بما تطمئن إليه من أوراق الدعوي ومستنداتها.

وقد تغيا المشرع من العبارة الأخيرة الاستغناء عن مرحلة التحقيق التى قد تستغرق مدة طويلة من الزمن(١) .

ويختلف الحال فى المادة (١٩) عما كان مقررا فى ظل المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة١٩٢٩ من التزام المحكمة برأى الحكمين أو برأى الحكام الثلاثة عند اختلاف الحكمين وبعث حكم ثالث ، سواء كان رأيهما الاصلاح بين الزوجين أو التطليق .

ذلك أن قواعد التحكيم فى ظل ذلك المرسوم بقانون كانت مستمدة من مذهب الإمام مالك - والمقرر فى هذا المذهب أنه إذا اتفق الحكمان على رأى نفذ حكمهما ووجب على القاضى إمضاؤه دون تعقيب ولوكان مخالفا لمذهبه لأن الحكمين طريقهما الحكم لا الشهادة أو الوكالة(١) .

٦٤- رد الحكمين :

لم يتضمن القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ ثمة قواعد خاصة لرد الحكمين . ولذلك يسرى فى شأن ردهما القواعد الخاصة فى شأن رد المحكمين المنصوص عليها فى القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ (المعدل) بإصدار قانون فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

« النص فى الفقرة الأولى من المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم ٢٥

(١) المذكرة الايضاحية للقانون.

(٢) أنظر التفصيل بند (٨٢).

لسنة ١٩٢٩ المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية على أنه « يشترط فى الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما » يدل على أنه يشترط فى الحكمين أن يكونا عدلين رشيدين من أهل الزوجين إن أمكن فإن لم يوجد من أقاربهما من يصلح لهذه المهمة عين القاضى حكمين أجنبيين ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح. لما كان ذلك وكان المقرر وفقا لنص المادة الخامسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والملية فى الأحوال التى لم يرد بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية يتعين اتباع الأحكام المقررة فى قانون المرافعات . وإذ كانت تلك القواعد لم تتضمن القواعد الخاصة بعدم صلاحية المحكمين فإنه يتعين إعمال القواعد المنصوص عليها فى قانون المرافعات فى هذا الشأن وكان نص المادة ٥٠٣ من قانون المرافعات قد جرى على أن يرد المحكمين « لذات الأسباب التى برد بها القاضى أويعتبر بسببها غير صالح للحكم ، يرفع طلب الرد إلى المحكمة المختصة أصلا بنظر الدعوى فى ميعاد خمسة أيام من يوم إخبارالخصم بتعيين المحكم» وكان الثابت أن وكيل الطاعن طلب ترشيح الحكمين من مكتب توجيه الأسرة ولم يعترض الطاعن على تعيين حكم المطعون ضدهما- شاهدها فى النزاع موضوع التحكيم - بل مثل أمامه وأبدى دفاعه كاملا دون أن يتخذ الإجراءات التى نص عليها القانون فى رد المحكمين فإن النعى على الحكم

المطعون فيه بالبطلان لاتخاذه من تقرير الحكمين الباطل سندا لقضائه يكون على غير أساس» .

(طعن رقم ٥٠ لسنة ٥٩ ق - أحوال شخصية- جلسة ١٩٩٢/٢/٢٥)

وقد أورد القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ (المعدل) أحكام رد المحكمين في المادتين ١٨ ، ١٩ منه .

وتقضى المادة ١٨ بأنه لايجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكا جدية حول حيدته أو استقلاله.

ولايجوز لأى من طرفى التحكيم رد المحكم الذى عينه أو اشترك فى تعيينه إلا لسبب تبينه بعد أن تم هذا التعيين.

وتقضي المادة ١٩ (معدلة بالقانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠٠) بأن :

١ - يقدم طلب الرد كتابة إلى هيئة التحكيم (هنا يقدم إلى المحكمة التى تنظر النزاع) مبينا فيه أسباب الرد خلال خمسة عشر يوما من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هذه الهيئة (هنا من تاريخ تعيين الحكمين) أو بالظروف المبررة للرد للفصل فيه ، فإذا لم يتنح المحكم المطلوب رده خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تقديم الطلب ، يحال بغير رسوم إلى المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون للفصل فيه بحكم غير قابل للطعن (المحكمة المشار إليها فى المادة التاسعة هى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع) أى تفصل المحكمة التى تنظر النزاع فى طلب الرد.

٢- ولايقبل الرد ممن سبق له تقديم طلب برد المحكم نفسه فى ذات التحكيم .

٣- لايترتب على تقديم طلب الرد وقف إجراءات التحكيم ، وإذا حكم برد المحكم ، ترتب على ذلك اعتبار ما يكون قد تم من إجراءات التحكيم ، بما فى ذلك حكم المحكمين ، كأن لم يكن .

٦٥- بذل المحكمة جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين :

تنص المادة ١٨ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ على أن : « تلتزم المحكمة فى دعاوى الولاية على النفس بعرض الصلح على الخصوم، ويعد من تخلف عن حضور جلسة الصلح - مع علمه بها- بغير عذر مقبول رافضا له.

وفى دعاوى الطلاق والتطليق لايحكم بهما إلا بعد أن تبذل المحكمة جهدا فى محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز عن ذلك، فإن كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لاتقل عن ثلاثين يوما ولاتزيد على ستين يوما»(١) .

وواضح أن المشرع قد ألزم المحكمة فى الفقرة الأولى من المادة بعرض الصلح على الخصوم فى كافة دعاوى الولاية على النفس . إلا أنه خص دعاوى الطلاق والتطليق بوجوب بذل الجهد فى محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز المحكمة عن ذلك. فإن كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لاتقل عن ثلاثين يوما ولاتزيد على ستين يوما.

والمقصود من إيجاب بذل المحكمة جهدا فى محاولة الصلح بين الزوجين، أن يكون للمحكمة دور إيجابى فى التدخل بالصلح، دون أن يقتصر دورها

---

(١)وكانت هذه المدة كما جاء بمشروع القانون المقدم من الحكومة وأقرته اللجنة المشتركة بمجلس الشعب لاتزيد على ستين يوما إلا أنها عدلت أثناء مناقشة المادة بمجلس الشعب على النحوالراهن.

على عرض الصلح على الزوجين. فيجب عليها السعى للتعرف على أسباب الشقاق بينهما ومحاولة رأب الصدع الذى أصاب العلاقة الزوجية .

والهدف من تحديد الفترة بين المرتين (على الأقل) التى تعرض فيهما المحكمة الصلح إذا كان للزوجين ولد، هو إتاحة الفرصة أمام الزوجين للتروى والتفكير فى استمرار العشرة الزوجية بينهما حرصا على مصلحة الولد.

ويؤخذ على صياغة الفقرة الثانية من المادة أنها بالرغم من نصها على أن « تبذل المحكمة جهدا فى محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز عن ذلك ، ولم تكتف بمجرد عرض الصلح، إذ بها تردف أنه « فإذا كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل ..... الخ».

ولم توجب على المحكمة أن تبذل جهدا فى محاولة الصلح بين الزوجين مرتين على الأقل . ومع هذا نرى أن روح التشريع يوجب على القاضى فى الصورة السابقة أن يبذل جهدا فى محاولة الصلح، دون أن يكتفى بعرضه.

والحكم الذى أتت به المادة - على صرحت به المذكرة الإيضاحية للقانون- يمثل أحد الأبعاد الاجتماعية التى تبناها القانون للحفاظ على كيان الأسرة.

ومفاد ما تقدم أنه يجب على المحكمة وهى تنظر طلب التطليق- رغم تدخلها لإنهاء النزاع بين الزوجين صلحا باستمرار الزوجية وحسن العشرة، وذلك عند نظر الاعتراض على إنذار الطاعة وقبل إبداء طلب التطليق ، عملا بالمادة ١١ مكررا ثانيا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (المعدل) والفقرة الأولى من المادة ١٨ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ - على نحو ما أوضحناه سلفا- فإنه يجب على المحكمة عملا بالفقرة الثانية من المادة ١٨ سالفة الذكر قبل أن تقضى بالتطليق أن تبذل جهدا فى محاولة الصلح بين الزوجين ، فلا تقضى بالتطليق إلا إذا أخفقت فى محاولة الصلح الذى

بذلت جهدا فى السعى إليه. فإذا كان للزوجين ولد التزمت المحكمة أن تبذل جهدا فى محاولة الصلح بين الزوجين مرتين على الأقل تفصل بينهما المدة سالفة الذكر.

ويجب على المحكمة أن تثبت بمحضر الجلسة ما بذلته من جهد فى محاولة الصلح بين الزوجين وعدد مراته إن كان للزوجين ولد.

وإذا قضت المحكمة بالتطليق دون أن تبذل جهدا فى محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز عن ذلك أو دون أن تبذله مرتين على الأقل خلال المدة السابقة إذا كان للزوجين ولد- وهو إجراء لصيق بالنظام العام- كان قضاؤها باطلا بطلانا متعلقا بالنظام العام.

(راجع الحكمين المنشورين ببند ٤٥)

وإذا لم تثبت المحكمة بمحضر الجلسة بذل هذا الجهد ثم قضت بالتطليق كان قضاؤها مخالفا للقانون ، لأنه لايجوز للمحكمة الاستناد فى حصول هذا الإجراء على ما يخالف أو يجاوز ما دون بمحاضر جلساتها .

(راجع نقض ١٩٨٨/٥/٢٤ طعن ٥٩ لسنة ٥٧ق- أحوال شخصية- منشور ببند ٤٣).

كما يجب إثبات بذل هذا الجهد فى أسباب حكمها، وإلا كان حكمها مشوبا بالقصور فى التسبيب مما يبطله.

(راجع فى التفصيل بند ٤٦).

٦٦- قضاء المحكمة في طلب التطليق :

إذا اتفق الحكمان على الإصلاح بين الزوجين ، فإنه لايضحى ثمة محل للسير فى طلب التطليق وتقضى المحكمة بانتهاء الدعوى بالنسبة له.

أما إذا لم يتم الصلح بين الزوجين، ورأت المحكمة - بالتفصيل السابق سرده- أن طلب التطليق قائم على أساس من الواقع والقانون قضت بإجابة الزوجة إلى طلبها التطليق ، أما إذا إستبان لها عكس ذلك قضت برفضه.

غير أنه لايجوز للمحكمة أن تقضى بالتطليق ببدل تلزم به الزوجة كما كان الحال فى ظل المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بعد تعديله بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥[١] .

ثانيا : قبل العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية:

٦٧- النص القانوني :

المواد (٧، ٨، ٩، ١٠، ١١) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة١٩٢٩ (المستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية) .

(منشورة ببند ٢٨)

٦٨- شروط الحكمين :

أوردت المادة السابقة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (المعدل) شرطين يجب توافرهما فى الحكمين هما :

---

(١)أنظر فى التفصيل بند (٨٠).

١ - أن يكونا عدلين.

٢ - أن يكونا من أهل الزوجين ان أمكن والا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الاصلاح بينهما.

ونعرض لهذين الشرطين تفصيلا على النحو الآتى :

٦٩- الشرط الأول : أن يكون الحكمان عدلين :

والحكم غير العدل هو الفاسق والصبى والمجنون (والعبد) والسفيه .

والسفيه هو المبذر فى الشهوات ولو كانت مباحة. وهو ان كان مولى عليه كان غير عدل لأن شرط العدل ألا يكون مولى عليه، وكذلك لايكون عدلا المهمل غير العدل[1].

(راجع نقض طعن رقم ١٣ لسنة ٤٢ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٧٥/٥/٢٨ - منشور ببند ٥٧).

وهناك شرط ورد فى المذهب المالكى يجب الأخذ به لأن هذا المذهب - كما سنرى - هو المصدر التشريعى لقواعد التحكيم الواردة بالمرسوم بقانون سالف الذكر، ولايوجد فى نصوص التحكيم الورادة فى القانون مايفصح عن عزوف الشارع عنه.

وهذا الشرط هو الفقه، بمعنى أن يكون الحكم عالما بأمر الشارع فى

---

(١) حاشية الدسوقى جـ ٢ للعلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقى ص٣٤٤.

المهمة التى أختير من أجلها، اذ لايصح حكم جاهل بما ولى، غير أن الفقيه يصح حكمه اذا شاور العلماء بما حكم به فان حكم بما أشاروا عليه به كان حكمه نافذا (١).

هل يجوز ان يكون الحكمان او احدهما من النساء؟

٧٠ - (أ) راينا الخاص:

كانت المادة السابعة من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ قبل تعديلها بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المقضى بعدم دستوريته - تشترط بصريح عبارتها أن يكون الحكمان رجلين فجرت على أن: «يشترط فى الحكمين أن يكونا رجلين عدلين .. الخ»، وعلى ذلك كان لايجوز فى ظلها أن يكون الحكمان أو أحدهما من النساء.

وقد صدر القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ واستبدل نصا جديدا بنص المادة المذكورة حذف منه لفظ (رجلين) الوارد قبل لفظ (عدلين).

ولما صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ - بعد القضاء بعدم دستورية القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ - استبدل أيضا نصا جديدا بنص المادة سالفة الذكر جاء مطابقا حرفيا لنص المادة المستبدلة بالقرار بقانون المذكور، أى لم يتضمن لفظ (رجلين) قبل لفظ (عدلين).

وازاء ما تقدم، فان المشرع وقد حذف من النص المستبدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ومن قبله النص المستبدل بالقرار بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ كلمة (رجلين) التى كانت موجودة قبل كلمة (عدلين) بالنص الوارد بالمرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فان هذا الحذف يعنى الغاء وصف الذكورة فى الحكمين، وهو ماينبنى عليه جواز أن يكون الحكمان أو أحدهما من النساء.

---

(١) حاشية الدسوقى جـ ٢ ٣٤٤ .

ويؤكد هذا النظر أن تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ أفصح صراحة عن الغاء شرط الذكورة في الحكمين فقد جاء به:

«ولمعالجة ما أصبح ظاهرا الآن من آثار خطيرة ومدمرة للأسرة والمجتمع نتيجة الشقاق بين الزوجين ولما اعتور نصوص المرسوم بقانون المذكور - رغم سلامة وسمو ما استهدفه من أغراض اصلاحية - من نقص أو ثغرات جعلت من عملية التحكيم والاصلاح بين الزوجين عملية غير منتجة لآثارها الاجتماعية والشرعية المرجوة فقد عدل القرار بقانون محل الدراسة المواد (٧-١١) من المرسوم بقانون آنفة الذكر المنظمة للتحكيم على أساس مذهب مالك اما نصا أو تخريجا على ما تضمنته نصوص هذا المذهب بالنسبة لشروط الحكمين فقد أبقت المادة (٧) على الشروط القائمة حاليا فيما عدا اشتراط الذكورة في الحكمين».

كما أنه عند مناقشة مشروع المادة السابعة من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بمجلس الشعب طالب أحد الأعضاء بأن تتضمن المادة «اشتراط الذكورة في الحكمين»، وبعد مناقشات درات حول هذا الطلب قرر رئيس المجلس بأن المرأة قد تكون في هذه الحالة «أقرب الى معرفة الحقيقة من الرجل فالحياء مرفوع بينهما».

وفي النهاية وافق المجلس على المادة كما وردت بالاقتراح بمشروع القانون وأقرتها اللجنة المشتركة بالمجلس [١].

---

(١) ونورد فيما يلي المناقشات التي دارت بمجلس الشعب حول المادة:

السيد العضو محمد محفوظ حلمي:

بسم الله الرحمن الرحيم

أرجو أن يتضمن نص هذه المادة اشتراط الذكورة في الحكمين وأود أن أوضح لحضراتكم أن الغرض من هذا الشرط، هو أن الحكمين بعد اداء مهمتهما يتحولان الى شاهدين . =

.... و

رئيس المجلس:

لا، فليس من الضرورى أن يتحول الحكمان الى شاهدين.

السيد العضو محمد محفوظ حلمي:

كيف ذلك، فمن الممكن أن يشهد الحكمان على ما قاما بتحقيقه وما حدث، والشهادة تشترط أن يكون الشاهدان رجلين وامرأتين ممن ترضون من الشهداء.

رئيس المجلس:

هل هذا القيد على الشهود مطلقا أم فى حالات خاصة؟ الزواج مثلا يشترط فى الشاهدين أن يكونا رجلين أو رجلا وامرأتين . فهل هذا حكم عام أم أن ذلك فى حالات خاصة؟

السيد العضو محمد محفوظ حلمي:

ما دام الحكم قد تحول الى شاهد – فيشترط توفر الشروط التى قالها الله سبحانه وتعالى فى الشاهدين.

رئيس المجلس:

أود أن استطلع رأى السيد العضو الشيخ عطية صقر فى هذا الشأن.

السيد العضو الشيخ عطية صقر:

فى بعض المذاهب يجوز أن يكون الحكمان امرأتين.

رئيس المجلس:

قد تكون المرأة فى هذه الحالة أقرب الى معرفة الحقيقة من الرجل فالحياء مرفوع بينهما.

والآن، هل هناك ملاحظات أخرى على هذه المادة؟

(لم تبد ملاحظات).

اذن، فالموافق على هذه المادة يتفضل برفع يده.

(موافقة).

«مضبطة مجلس الشعب الطبعة المؤقتة الجلسة ٩٨ بتاريخ أول يوليو سنة ١٩٨٥ ص ٢٦ وما بعدها».

لئن كانت قواعد التحكيم - على ما أفصحت عنه المذكرة الايضاحية للقرار بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ والقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ - مستمدة من مذهب الامام مالك اما نصا أو تخريجا على نصوصه، وقد اشترط هذا المذهب الذكورة في الحكمين، فلا يصح أن يكون الحكمان أو أحدهما من النساء لأن مهمة الحكمين نوع من القضاء، والمرأة ليس ولاية القضاء لنقصان عقلها عن الرجل، وهو ما كان معمولا به فى عهد الصحابة والتابعين ومن بعدهم[1] الا أنه لايجوز الرجوع الى هذا المذهببشأن شرط الذكورة، لأن مناط الرجوع اليه باعتباره المصدر التشريعى لقواعد التحكيم هو عدم وجود النص أو اطلاقه أو غموضه، وقد استبان فيما تقدم وضوح نص القانون فى عدم اشتراط الذكورة فى الحكمين.

وقد سبق الاشارة الى أن المذهب الحنفى لايشترط الذكورة فى الحكمين.

= **وجاء بالشرح الكبير:**

«وحكم امرأة وغير فقيه بذلك أى بأحكام النشوز فشرطهما الذكورة والرشدوالعدالة والفقه بما حكما فيه» «حاشية الدسوقى جـ٢ ص٣٤٤».

وجاء بحاشية الدسوقى جـ٤ ص ١٢٩فى باب القضاء: «قوله لا أنثى ولاخنثى أى فلا يصح توليتهما للقضاء ولاينفذ حكمهما».

(١) فقد جاء بالمدونة الكبرى جـ ٥ص ٤٩ : «ليست المرأة من الحكام والصبى والعبد ومن على غير دين الاسلام أحق أن لايجوز تحكيمهم لابرضا من الزوج والمرأة ولابالبعثة من السلطان».

كما جاء بصحيفة ٥١ : «وقد قال ربيعة لايبعث الحكمين الا السلطان فكيف يجاز تحكيم المرأة والعبد والصبى والنصرانى والمسخوط».

٧١ - (ب) قضاء محكمة النقض :

خـالـفـت محكمة النقض رأينا السابق، وذهبت الى أن الذكورة شرط في الحكمين رجوعا الى مذهب الامام مالك المصدر التشريعى لقواعد التحكيم.

اذ قضت بأن :

١- «لما كانت قواعد التحكيم الواردة فى المواد من ٧ الى ١١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ - سواء قبل تعديلها بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ أو بعد هذا التعديل قد أخذت من مذهب الامام مالك فانه يجب الرجوع إلى هذا المذهب فى بيان الشروط الواجب توافرها فى الحكام فيما لم يرد به نص صريح فى المواد المشار اليها . واذ كان هذا المذهب يشترط الذكورة فى الحكام على اعتبار أن طريقهم هو الحكم وليس الشهادة أو الوكالة فيتعين الالتزام بهذا الشرط، وان لم يرد به نص صريح فى المادة السابعةبعد تعديلها بالقرار بقانون المشار اليه. لما كان ذلك وكانت المحكمة لم تلتزم بهذا الشرط فيمن بعثتهم حكاما فى الدعوى بأن كان من بينهم امرأة مما يبطل التقرير المقدم من هؤلاء الحكام فان الحكم المطعون فيه اذ اتخذ من هذا التقرير سندا لقضائه بالتفريق يكون بدوره باطلا».

(طعن رقم ١٣ لسنة ٥٥ق «أحوال شخصية جلسة ١٩٨٦/٣/١١).

٢- «ذكورة الحكام . شرط لولايتهم. علة ذلك بعث المحكمة حكاما من

بينهم امرأة. أثره بطلان التقرير المقدم منهم. وامتداد البطلان إلى الحكم المستند إليه».

(طعن رقم ١٣ لسنة ٥٥ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٨٦/٣/١١)

وفى رأينا السابق التعقيب الكافى على هذين الحكمين (راجع البند السابق).

٧٢- *الشرط الثانى*: أن يكون *الحكمان* من أهل *الزوجين* أن أمكن وإلا فمن غيرهم:

اشترط النص ان يكون الحكمان من أهل الزوجين إن أمكن والا فمن غيرهم.

والحكمة من اختيار الحكمين من أهل الزوجين ان أمكن، أن ما ينشأ من خلاف بين الزوجين ينذر بالفرقة يكون معلوما لدى أهل الزوجين، فلا يستطيع الزوجان التمويه على الحكمين اذا كانا من أهلهما فى وقائع النزاع وأسبابه، كما أنهما بهذه الصفة يكونان أقرب الى نفسيهما وأدعى الى إفضائهما لهما بما فى ضمائرهما من الحب والبغض وارادة الفرقة أو الصحبة وسترا لهما على ماينسبه كل منهما للآخر من وقائع أدت الى الخلاف تمس الزوجين وقد تمتد الى سمعة الأولاد مما يجب حجبه عن الأجانب.

وعبارة أهل الزوجين جاءت عامة بالنص، ومن ثم لايشترط أن يكون الحكمان من العصبات [1].

واذا لم يكن للزوجين أهل، أو كان لهما أهل ليس من بينهم من يصلح للتحكيم، اختير الحكمان من غير أهلهما.

---

(١) وقد جاء بالمدونة الكبرى جـ٥ص٥٠ «قال فاذا كان فى الاهل موضع كانوا هم أولى لعلمهم بالأمر وتعنيهم به وأنهم لم تزدهم قرابتهم منهما اذا كان فيهم من الحال التى وصفت لك من النظر والعدالة الاقوة على ذلك وعلما به».

وقد جرى النص على أن يكون الحكمان من غير أهل الزوجين «ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الاصلاح بينهما»، وقد ذهبت محكمة النقض الى أن ما جاء بالنص لايؤدى الى اشتراط أن يكون الحكمان الأجنبيان لهما اتصال شخصى بالزوجين قريبين منهما مطلعين على أحوالهما انما يكفى أن يكون لهما من الخبرة العامة مايستطيعان به التوفيق بين الزوجين.

(راجع نقض طعن رقم ١٣لسنة ٤٢ ق « أحوال شخصية»- جلسة ١٩٧٥/٥/٢٨ منشور ببند ٥٧)

ومع ذلك فان فى المذهب المالكى يندب أن يكون الحكمان الأجنبيان من الجيران، ومرد ذلك أن الجيران يعلمون حال بعضهم.

واذا بعث القاضى حكمين أجنبيين مع امكان بعث حكمين من أهل الزوجين فقد ذهب رأى فى المذهب المالكى الى عدم نقض حكمهما بالطلاق مجانا أو على مال، بينما ذهب الرأى الراجح الى نقضه [١].

واذا كان أحد الحكمين من أهل الزوجة والآخر أجنبيا، فقد ذهب رأى فى المذهب (اللخمى) الى أن الأجنبى يضم للحكم الذى من أهل أحد الزوجين، وذهب رأى آخر (ابن الحاجب) الى أنه يجب أن يكون الحكمان أجنبيين وترك الحكم القريب لأحدهما لئلا يميل القريب لقريبه والرأى الأول هو الراجح [٢].

واذا كان الزوجان محجورين فانه يجوز تعيين الوليين حكمين أو تعيين واحد منهما والآخر أجنبيا.

---

(١) حاشية الدسوقى جـ٢ ص٣٤٤.

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى جـ٢ ص٣٤٤ - وفى المذهب اذا اجتمع الزوجان على اختيار حكم واحد جاز، ويكون بمنزلة الحكمين «المدونة الكبرى جـ٥ ص٥٠».

٧٣ - كيفية اختيار الحكمين :

يكون اختيار الحكمين للزوجين، فيختار كل من الزوجين حكما من أهله فان لم يوجد له أهل أو كان ليس من بينهم من تتوافر فيه شروط الحكم اختار حكما أجنبيا أى عدلا من المسلمين.

واذا لم يقم الزوجان باختيار الحكمين عينهما القاضى، وكذا لو اختار أحد الزوجين حكما عنه ولم يختر الثانى قام القاضى بتعيين حكم له. ويتم الاختيار أمام المحكمة ويثبت فى محضر الجلسة أو بمذكرة تقدم اليها.

وليس للزوجين الرجوع عن اختيار الحكمين والعدول عن التحكيم طالما أنهما موجهان من القاضى، ولو لم يستوعبا الكشف عن حالهما ويعزما على الحكم (١).

٧٤- قرار المحكمة ببعث الحكمين :

نصت المادة ٨ من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (المستبدلة بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥) على أن:

(أ) يشتمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما على

---

(١) فقد جاء بالشرح الكبير «ولهما أى للزوجين ان أقاماهما أى أقاما الحكمين بدون رفع للحاكم الاقلاع أى الرجوع عن تحكيمهما مالم يستوعبا الكشف عن حالهما والا فلا رجوع لهما ولا لأحدهما وظاهره ولو رضيا عند العزم على الطلاق بالبقاء وقال ابن يونس وينبغى اذا رضيامعه بالبقاء أن لايفرق بينهما وبمفهومه أنهما لو كانا موجهين من الحاكم فليس لهما الاقلاع ولو لم يستوعبا» (حاشية الدسوقى جـ٢ ص٣٤٦).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«خلو لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من القواعد الخاصة بعدم صلاحية الحكمين. مؤداه. وجوب إعمال القواعد المنصوص عليها فى قانون المرافعات. عدم اعتراض الطاعن على تعيين محكم المطعون ضدها - شاهدها فى النزاع موضوع التحكيم- ومثوله أمامه دون اتخاذ إجراءات الرّد المنصوص عليها فى المادة ٥٠٣ مرافعات. النعى على الحكم المطعون فيه بالبطلان لاتخاذه من تقرير الحكمين الباطل سندا لقضائه. على غير أساس».

(طعن رقم ٥٠ لسنة ٥٩ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٢/٢/٢٥).

ألاتجاوز مدة ستة أشهر وتخطر المحكمة الحكمين والخصم بذلك. وعليها تحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوما بمهمته بعدل وأمانة.

(ب) يجوز للمحكمة أن تعطي للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لاتزيد على ثلاثة أشهر فان لم يقدما تقريرهما اعتبرتهما غير متفقين.

فبعد انتهاء اختيار الحكمين على النحو الذى أوردناه سلفا، تصدر المحكمة قرارا - قبل الفصل فى الموضوع - ببعث الحكمين، وتحديد مأموريتهما، وهى تعرف أسباب الشقاق بين الزوجين وبذل جهدهما فى الاصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة (م٢/٩ من القانون)، وتحديد تاريخ بدء وانتهاء الحكمين من مأموريتهما على ألا تجاوز مدة ستة أشهر، والجلسة التى يقدم فيها الحكمان تقريرهما.

وعلى المحكمة اخطار الحكمين والخصم بذلك القرار.

ومدة ستة الأشهر التى حددها النص لانتهاء الحكمين من مأموريتهما هى الحد الأقصى للمدة التى ينتهى فيها الحكمان من مأموريتهما، ومن ثم يجوز للمحكمة أن تحدد للحكمين فى قرارها مدة أقل كشهر أو شهرين كما أن لها بعد ذلك أن تزيد هذه المهلة حتى ستة أشهر حسبما يتراءى لها من ظروف النزاع.

وقد أجازت الفقرة (ب) من المادة للمحكمة أيضا أن تعطى للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لاتزيد على ثلاثة أشهر فان لم يقدما تقريرهما اعتبرتهما غير متفقين. وفى هذه الحالة يسرى نص المادة (١١) من المرسوم بقانون (انظر فى التفصيل بند ٨٣). واعطاء هذه المهلة للحكمين أمر جوازى للمحكمة ويخضع لتقديرها، ولها أن تقرر هذه المهلة من تلقاء نفسها اذا لم ينته الحكمان من مهمتهما خلال مدة ستة الأشهر، أو بناء على طلب الحكمين، ولها رفض طلبهما اذا استبان لها عدم جديته.

والميعاد المنصوص عليه بالمادة لأداء الحكمين مأموريتهما ميعاد تنظيمى لايترتب على مخالفته ثمة بطلان.

فاذا باشر الحكمان عملهما بعد انتهاء هذه المدة بناء على قرار من المحكمة وقدما تقريرها فان المحكمة تقضى بموجبه.

ولم تكن المادة (٨) من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ -المقابلة للنص الحالى - قبل تعديلها توجب تحديد موعد لانهاء الحكمين لمهمتهما وهو مما أدى الى اطالة الحكمين فى بعض الأحوال مدة عملهما، وهو أمر ليس فى صالح الزوجين أو الأسرة عموما.

ولم يحدد النص طريقة اخطار المحكمة للحكمين والزوجين بقرار بعث الحكمين، ومن ثم فإنه يكون قد ترك للمحكمة تحديد طريقة الاخطار بما يكفل علم الحكمين والزوجين بالقرار ومن ثم يجوز أن يكون الاخطار باعلان على يد محضر أو بخطاب مسجل بعلم الوصول، أو بخطاب مسجل.

وقد أخذت محكمة النقض بهذا النظر في حكم حديث لها صادر بتاريخ ١٩٩٩/١/٢٥ في الطعن رقم ١٦ لسنة ٦٥ ق « أحوال شخصية» ذهبت فيه إلي أن :

« النص فى الفقرة الأولى من المادة التاسعة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أنه « لايؤثر فى سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم إخطاره » يدل على أن المشرع أوجب على الحكمين إخطار الزوجين بموعد ومكان مجلس التحكيم، دون أن يحدد شكلا خاصا يتعين على الحكمين التزامه فى الإخطار ولم يشترط هذا النص لصحة عمل الحكمين حضور الزوجين معا، فإذا لم يحضر أحدهما عن عمد أوتراخ فلايترتب على ذلك بطلان إجراءات التحكيم ، طالما تم إخطاره بالموعد المحدد للتحكيم ، وعندئذ يجب على الحكمين أن يستمرا فى المهمة المنوطة بهما، إذ لايؤثر فى سير عملهما غياب أحد الزوجين».

ومحل ايجاب اخطار الزوجين بقرار بعث الحكمين ألا يكون القرار قد صدر فى حضورهما، كما لو اختارا الحكمين بالجلسة التى أصدرت فيها المحكمة قرارها لأنهما فى هذه الحالة يكونان قد علما بالقرار(١).

٧٥ - حلف الحكمين اليمين :

أوجبت الفقرة (أ) من المادة الثامنة على المحكمة تحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة.

وهذا التحليف يكون بداهة قبل أداء الحكمين مأموريتهما، ولايشترط حضور الزوجين أو أحدهما أداء اليمين.

وهذه اليمين تؤدى الى اخلاص الحكمين فى أداء مأموريتهما فينتج

---

(١) **وقد قضت محكمة النقض بأن :**

«المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مفاد المادة ٢١٢ من قانون المرافعات أن الشارع وضع قاعدة عامة مقتضاها أن الأحكام التى تصدر أثناء سير الدعوى ولاتنتهى بها الخصومة كلها، لايجوز الطعن فيها إلا مع الطعن فى الحكم المنهى للخصومة سواء كانت تلك الأحكام قطعية أم متعلقة بالإثبات ولم يستثنى من ذلك إلا الأحكام التى بينها بيان حصر وهى الأحكام الوقتية والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوى والقابلة للتنفيذ الجبرى، ورائده فى ذلك- على ماأفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - هو الرغبة فى منع تقطيع أوصال القضية الواحدة وتوزيعها بين مختلف المحاكم ومايترتب على ذلك من تعويق الفصل فى موضوع الدعوى لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن المطعون ضدها أقامت الدعوى بالاعتراض على إعلان دعوتها لمنزل الزوجية، وطلبت التطليق من خلال هذه الدعوى، وكان الحكم الابتدائى قد قضى باتخاذ إجراءات التحكيم بين الزوجين، وهو حكم متعلق بالإثبات لم ينه الخصومة كلها بينهما، وكان هذا الحكم لايعتبر من الأحكام القابلة للتنفيذ الجبرى فى معنى المادة ٢١٢ من قانون المرافعات، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بعدم جواز استئنافه، فإنه يكون قد التزم صحيح القانون ويكون الدفع بعدم بعدم جواز الطعن عليه فى محله».

(طعن رقم ١٦٨ لسنة ٥٩ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٠/٣/٢٠)

التحكيم آثاره فى الاصلاح بين الزوجين، كما أنها ضرورية لاطمئنان المحكمة الى التقرير المقدم منهما لأنها تقضى فى الدعوى بمقتضاه.

وقد جاء بتقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن القرار بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ أنه :

«واستكمالا لأحكام اجراءات التحكيم حتى ينتج آثاره فى الاصلاح بين الزوجين فقد أوجبت المادة (٨) المعدلة فى العبارة الأخيرة من البند (أ) منها على المحكمة تحليف كل من الحكمين اليمين بالقيام بمهمته بالعدل والأمانة» .

ويترتب على عدم حلف الحكمين اليمين، بطلان عملهما وكذا التقرير المقدم منهما للمحكمة، فاذا قضت المحكمة بموجب هذا التقرير كان حكمها باطلا لابتنائه على اجراء باطل.

واذا باشر الحكمان مأموريتهما ثم قدما تقريرهما قبل حلف اليمين، كان للمحكمة تحليفهما واعادة بعثهما لأداء المأمورية من جديد، ويكون هذا تصحيحا للاجراء الباطل.

٧٦ -مكان التحكيم :

لم يحدد المرسوم بقانون المكان الذى يعقد به مجلس التحكيم، وبذلك يكون قد ترك تحديده للحكمين. وللحكمين تحديد المكان الذى يريانه مناسبا لأداء مأموريتهما، وقد يكون هذا المكان مسكن أحدهما أو مسكن أحد الزوجين أو مسكن أحد أصدقاء الزوجين.

واذا تعددت جلسات التحكيم جاز أن يتعدد مكان انعقادها حسبما يراه الحكمان ملائما.

٧٧- اخطار الزوجين ببدء التحكيم ومدته ومكانه :

يجب على الحكمين أن يحددا موعدا لبدء جلسات التحكيم والمدة المحددة له، وأن يخطرا الزوجين بذلك، وبمكان انعقاد جلسات التحكيم.

ولم يحدد المرسوم بقانون طريقة الاخطار، وهذا يعنى أنه ترك تحديدها للحكمين.

وليس لهذا الاخطار شكل معين، فيجوز أن يتم شفاهة [١]، غير أن ذلك يجعل اثبات الاخطار صعبا اذا لم يمثل الزوجان أو أحدهما بجلسات التحكيم ودفع أمام المحكمة بعدم اخطاره، ولذلك يحسن أن يتم الاخطار كتابة.

ويمكن أن يكون بخطاب مسجل أو بخطاب مسجل مصحوب بعلم الوصول، أو باخطار من أصل وصورة تسلم الصورة باليد الى كل من الزوجين ويوقع على الأصل بما يفيد الاستلام.

---

(١) وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن: «لما كان ذلك وكان البين من الاطلاع على الأوراق ان محكمة أول درجة عينت فى البداية حكمين من أهل الزوجين بناء على ترشيحهما، غير أن حكم الزوج تعمد عدم القيام بالمهمة، فقضت المحكمة بندب آخرين أجنبيين، وكان لم يوجه أى مطعن الى عدالتهما، فان الحكم لايكون قد خالف قواعد الشرع الاسلامى. وهو مردود فى وجهه الثانى بأن الأوراق خلو مما يفيد عدم وصول الخطابات المسجلة الى الطاعنة، بل إن الثابت من مدونات الحكم الابتدائى مقابلة حكم الزوج له فى مقر عمله، ويكون النعى فى هذا الخصوص عاريا من دليله».

(طعن رقم ١٣ لسنة ٤٢ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٧٥/٥/٢٨).

ويترتب على اغفال اخطار الزوجين أو أحدهما ببدء جلسات التحكيم ومدته ومكانه بطلان عمل الحكمين والتقرير الذى يقدمانه، فاذا قضت المحكمة بما جاء بهذا التقرير كان قضاؤها باطلا لابتنائه على اجراءا باطل[١].

٧٨- حضور الزوجين بمجلس التحكيم :

يجوز للزوجين الحضور بمجلس التحكيم بشخصهما أو بوكيل مفوض فى الصلح.

وقد نصت المادة ١/٩ من القانون على أنه: «لايؤثر فى سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم اخطاره» – ومعنى ذلك أنه لايشترط لصحة مجلس التحكيم حضور الزوجين معا وانما يكفى حضور أحدهما طالما أن الزوج الآخر قد أخطر بمعياد الجلسة ومكانها.

أما اذا امتنع الزوجان معا عن الحضور فلا يجوز للحكمين السير فى عملهما وانما عليهما تأجيل جلسة التحكيم الى جلسة أخرى، ولو كان الزوجان قد تم اخطارهما .

واذا لم يحضر الزوجان ومع ذلك سار الحكمان فى عملهما وقدما تقريرهما للمحكمة كان تقريرهما باطلا، ولايجوز للمحكمة القضاء بموجبه والا كان حكمها باطلا لابتنائه على اجراء باطل.

---

(١) ويمكن قياس وجوب الاخطار على مانصت عليه الفقرة الثالثة من المادة ١٤٦ من قانون الاثبات من أنه: «ويترتب على عدم دعوة الخصوم بطلان عمل الخبير».

٧٩ - عمل الحكمين :

نصت المادة ٢/٩ من المرسوم بقانون على أن: «وعلى الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما فى الاصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة».

فعمل الحكمين فى المقام الأول هو الاصلاح بين الزوجين ورأب الصدع الذى أصاب حياتهما الزوجية، ويكون ذلك عن طريق معرفة أسباب الخلاف القائم بينهما والسعي بكافة الطرق لازالتها، وتأليف قلوبهما على حسن العشرة.

ولكل من الحكمين أن يخلو بالزوج الذى اختاره ويسأله عما يكره من زوجه، ويعمل على رد الزوج الآخر عما يفعله وذلك ضما لشملهما [١]. وربطا لحبل المودة بينهما.

فاذا عجز الحكمان عن اصلاح ذات البين بين الزوجين، كانت مهمتهما اقتراح التطليق بالتفصيل الذى سيلى ذكره.

٨٠- عجز الحكمين عن الاصلاح بين الزوجين :

نصت المادة العاشرة من المرسوم بقانون (المعدل) على أن: «اذا عجز الحكمان عن الاصلاح:

---

(١) فقد جاء بحاشية الدسوقى جـ٢ ص ٣٤٥: «وقوله الاصلاح أى يجب عليهما فى مبدأ الأمر أن يصلحا بين الزوجين بكل وجه أمكنهما لأجل الألفة وحسن العشرة وذلك بأن يخلو كل واحد منهما بقريبه ويسأله عما يكره من صاحبه ويقول له ان كان لك حاجة فى صاحبك رددناه لما تختار معه».

١ - فان كانت الاساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التطليق بطلقة بائنة دون مساس بشيء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق.

٢- واذا كانت الاساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التطليق نظير بدل مناسب يقدرانه تلتزم به الزوجة.

٣- واذا كانت الاساءة مشتركة اقترحا التطليق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الاساءة.

٤- وان جهل الحال فلم يعرف المسيء منهما اقترح الحكمان تطليقا دون بدل».

وواضح من المادة أن الحكمين اذا باشرا عملهما فى ازالة أسباب الشقاق بين الزوجين واعادة الألفة والمودة بينهما، ولكنهما عجزا عن الاصلاح بينهما، فان مهمتهما تصبح قاصرة على اقتراح التطليق بطقة بائنة اما نظير بدل أو بدون بدل، وذلك بالتفصيل الآتى:

١ - اذا ثبت للحكمين أن الاساءة كلها من جانب الزوج، وليس من جانب الزوجة شيء منها، كما لو كان الزوج يعتدى عليها بالضرب أو السب، اقترحا التطليق دون مساس بشيء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق.

وهذا الحكم يمنع الزوج المشاكس من استغلال الزوجية لايذاء الزوجة واهدار حقوقها قبله (١).

---

(١) تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩.

٢- اذا ثبت للحكمين أن الاساءة كلها من جانب الزوجة، وليس من جانب الزوج شيء منها، كأن تكون الزوجة قد امتنعت عن طاعة زوجها دون حق، أو خرجت للعمل فى غير الأحوال الجائزة، اقترحا التطليق نظير بدل(خلع) مناسب تلزم به الزوجة [١].

وهذا البدل قد يكون حقها فى المهر كله أو بعضه، ويقدر الحكمان هذا البدل طبقا لظروف الحال ومدى الاساءة [٢].

---

(١) الأصل فى مشروعية الخلع قوله تعالى للأزواج «ولايحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا الا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به»، وقد أمر رسول الله عليه السلام ثابت بن قيس بفراق زوجته على مال لما قالت عنه:

«ماأعتب عليه في خلق ولادين، ولكن لاأطيقه»، وجمهور العلماء على أن أخذ الفدية على الطلاق جائز وأجمعوا على منع أخذ مالها الا أن يكون النشوز وفساد العشرة من قبلها أو اشترك فيه، وهذا هو حكم الديانة بينه وبين الله المعبر عنه بالحل والحرمة، أما فى القضاء فيجوز له الأخذ بناء على حكم القاضى لأن الزوج أسقط حقه فى نظير عوض رضيت به الزوجة وهو من أهل الاسقاط وهى من أهل المعاوضة.

(٢) وكان المقرر قبل تعديل المادة بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ والقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أن الحكمين لايقترحان التطليق اذا كانت الاساءة من جانب الزوجة دون الزوج، وقد أوضحت ذلك محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٧٦/١١/٢٦ فى الطعن رقم ١٧ لسنة ٤٢ ق «أحوال شخصية» الذى جاء به.

«النص فى المادة الثامنة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بأن على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما فى الاصلاح فان أمكن على طريقة معينة قرراها» وفى المادة التاسعة بأنه «اذا عجز الحكمان =

٣- اذا ثبت للحكمين أن الاساءة مشتركة بين الزوجين، كأن يكون الزوج قد تزوج بأخرى فلحقها من جراء ذلك ضرر مادى أو معنوى، وفى المقابل خرجت الزوجة من منزل الزوجية دون حق، أو غير ذلك من صور الاساءة المشتركة، اقترحا التطليق دون بدل أو ببدل (خلع) تلزم به الزوجة يتناسب مع نسبة الاساءة، وذلك بالتفصيل الآتى:

(أ) اذا كانت اساءة الزوجين متساوية اقترح الحكمان التطليق دون بدل (خلع).

(ب) اذا كانت اساءة الزوجة تزيد على اساءة الزوج اقترح الحكمان التطليق ببدل (خلع) يتناسب مع نسبة الاساءة تلزم به الزوجة.

(جـ) اذا كانت اساءة الزوج تزيد على اساءة الزوجة، اقترح الحكمان التطليق دون بدل لأنه يجب تفسير عموم الفقرة الثالثة من المادة العاشرة التى

= عن الاصلاح وكانت الاساءة من الزوج أو منها أو جهل الحال قررا التفريق بطلقة بائنة» وفى المادة الحادية عشرة بأنه «على الحكمين أن يرفعا الى القاضى مايقرر انه وعلى القاضى أن يحكم بمقتضاه» يدل - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - على أن المشرع خول الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما فى الاصلاح فان أمكن على طريقة معينة قرراها، وإن عجزا عن الاصلاح وكانت الاساءة من الزوج أو من الزوجين معا أو جهل الحال بأن غم عليهما سويا الوقوف على أى من الزوجين كانت منه الاساءة قررا التفريق بينهما بطلقة بائنة، أما اذا كانت الاساءة من الزوجة دون الزوج فلا يكون هناك تفريق تجنبا- طبقا لما جاء بالمذكرة الايضاحية - لأسباب اغراء الزوجة المشاكسة على فصم عرى الزوجية بلا مبرر . وهذه الأحكام فيما - عدا كون الاساءة من الزوجة - مستمدة من فقه المالكية ومن المنصوص عليه فيه أنه اذا اتفق الحكمان على رأى رفعاه الى القاضى الذى عليه أن ينفذ ماقرراه دون معارضة أو مناقضة ولو كان حكمهما مخالفا لمذهبه».

تنص على أنه: «واذا كانت الاساءة مشتركة اقترحا التطليق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الاساءة» على ضوء المقرر فى المذهب المالكى باعتباره المصدر التشريعى للنص، والمنصوص عليه فى هذا المذهب أنه لاينبغى للحكمين «أن يأخذا من الزوج شيئا ويطلقا عليه» (١).

فالممنوع على الحكمين هو أن يحكما على الزوج بالتفريق مع مال يلزم به، أما أن يحكما بالتفريق دون مال أو بمال تلزم به الزوجة المسيئة فذلك جائز لأنها حين تحصل على التفريق– وهى مسيئة – فينبغى أن يكون لذلك مقابل يحصل عليه الزوج الذى يكلف المهر وغيره لاقامة هذا الزواج (٢).

فضلا عن أن الفقرة الأولى من المادة جعلت التطليق فى الحالة التى تكون فيها الاساءة كلها من جانب الزوج دون بدل يدفعه الزوج، فبداهة لايقصد النص الزام الزوج ببدل فى الحالة التى تكون فيها الاساءة مشتركة بينه وبين الزوجة (٣).

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

« التزام الحكمين باقتراح التطليق دون بدل تلزم به الزوجة . شرطه عجزهما عن الإصلاح بين الزوجين وأن تكون الإساءة مشتركة بينهما. عدم التزام الزوج بالبدل ولو كانت الإساءة كلها فى جانبه . م١٠ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩».

(طعن رقم ٣٩٨ لسنة ٦٣ ق– أحوال شخصية – جلسة٢٧/١٠/١٩٩٧)

---

(١) المدونة الكبرى جـ٥ ص ٥١ – راجع أيضا على حسب الله فى الفرقة بين الزوجين ص ١٥٢ ومابعدها – الدكتور محمد بلتاجى ص ١٤٢.

(٢) الدكتور محمد بلتاجى ص ١٤٢.

(٣) عكس ذلك شريف كامل ص ٧٥ اذ يذهب الى انه يجوز للحكمين فى حالة الاساءة المشتركة اقتراح التطليق ببدل لأحد الزوجين اذا كانت الاساءة التى لحقته أكبر من تلك الاساءة التى لحقت الزوج الآخر.

٤- اذا جهل الحال، فثبت للحكمين وجود اساءة وغم عليهما الوقوف على أى من الزوجين كانت منه الاساءة، فانهما يقترحان التطليق دون بدل (خلع) (١).

وقد جاءت صياغة المادة سالفة الذكر معيبة، ذلك أن الفقرة الأولى من المادة وصفت الطلاق الذى يقترحه الحكمان اذا كانت الاساءة كلها من جانب الزوج بأنه بائنا، بينما لم يرد هذا الوصف فى الطلاق الذى يقترحه الحكمان فى الصور الواردة بفقرات المادة الثلاث الأخرى، رغم أن هذا الطلاق يقع بدوره بائنا، وذلك لما هو منصوص عليه فى المذهب المالكى - المصدر التشريعى للمادة - أن تطليق الحكمين يقع بائنا ولو لم يكن خلعا أى كان بلا عوض (٢).

٨١- رفع الحكمين تقريرهما الى المحكمة :

اذا انتهى الحكمان من مأموريتهما واتفقا على رأى اما بالاصلاح بين الزوجين وعودة العشرة الزوجية بينهما بالمعروف، أو بتطليق الزوجة نظير بدل

---

(١) **وقد قضت محكمة النقض بأن:**

«متى كان ماقرره الحكم يتفق ومنطق تقرير الحكمين اللذين لم ينسبا فيه اساءة الى الزوج المطعون عليه فى ذات الوقت الذى قررا فيه فشلهما فى اقناع الطاعنة فى الاستجابة لطلبهما العدول عن اصرارها على فك عروة الزوجية رعاية لأبنائهما، وبهذه المثابة فلا يكون ماخلص اليه الحكمان مجهلا لحال لأن رأيهما قد اجتمع على التعرف على المسىء من الزوجين وأنه الطاعنة دون المطعون عليه، وكانت الاساءة من الزوجة وحدها لاتبرر التفريق، فان قضاء الحكم برفض الدعوى لامخالفة فيه للقانون»

(طعن رقم ١٧ لسنة ٤٢ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٧٦/١١/٢٦)

(٢) فقد جاء بالشرح الكبير«ونفذ طلاقهما أى الحكمان ويقع بائنا ولو لم يكن خلعا بأن كان بلا عوض» (حاشية الدسوقى جـ٢ ص ٣٤٤- راجع أيضا الدكتور محمد مصطفى شلبى فى أحكام الأسرة ص٦٠٣).

أو بدون بدل على النحو الوارد بفقرات المادة الأربع، تعين عليهما اثبات ذلك في تقرير يوقع عليه منهما ويرفعانه الى المحكمة.

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة (١١) على أن يرفع التقرير الى المحكمة مشتملا على الأسباب التى بنى عليها، وذلك لتكون المحكمة على بينة من سلامة وعدالة ما انتهيا اليه بشأن أسباب الشقاق بين الزوجين ومدى امكان حسن العشرة بينهما (١).

وهذا يقتضى من الحكمين أن يذكرا ما استندا اليه من الوقائع التى تدل على حصول الاساءة من جانب الزوج أو جانب الزوجة أو منهما معا ومدى الاساءة من جانب كل منهما، أو سبب جهل الحال.

واذا لم يشتمل تقرير الحكمين على الأسباب التى بنى عليها، أو كانت هذه الأسباب قاصرة لاتؤدى الى النتيجة التى خلصا اليها، كان التقرير باطلا، ولايجوز للمحكمة القضاء بموجبه، والا كان حكمها باطلا.

أما اذا لم يتفق الحكمان على رأى فانهما يقدمان مذكرة تتضمن ذلك، أو يمثلان أمام المحكمة ويقرران بذلك.

٨٢ - القضاء برأى الحكمين :

المقرر فى المذهب المالكى - المصدر التشريعى لقواعد التحكيم- أنه اذا اتفق الحكمان على رأى نفذ حكمهما ووجب على القاضى امضاؤه دون

(١) تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن القرار بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩.

تعقيب ولو كان مخالفا لمذهبه (١) لأن الحكمين طريقهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة (٢).

ومقتضى ذلك أن القاضى يحكم بما اتفق عليها الحكمان فى تقريرهما، فاذا اتفقا على الاصلاح بين الزوجين وعودة العشرة بينهما بالمعروف كان على المحكمة القضاء برفض طلب التطليق، ودعوى الاعتراض على انذار الطاعة والاعتداد به . واذا اتفقا على التطليق ببدل أو دون بدل كان عليها أن

---

(١) فقد جاء بالشرح الكبير (أتيا الحاكم ان شاءا فأخبرا بما فعلاونفذ حكمهما وجوبا ولايجوز له معارضته ونقضه ولو كان حكمهما مخالفا لمذهبه وقيل ليرفع الخلاف اتفاقا لأن فى رفع حكم الحكمين الخلاف خلافا) -حاشية الدسوقى -جـ٢- ص٣٤٦.

(٢) فقد سمى الله المبعوثين حكمين وجعل بعثهما لغير الزوجين ولو ارادهما وكيلين لقال : فابعثوا وكيلا عنه ووكيلا عنها وما قصرهما على أهله واهلها، لأن الموكل له أن يوكل عنه من يشاء، واذا كانا حكمين منهما بمعنى الحاكمين فيثبت لهما حق الحكم ولا حكم هنا الا للتفريق إن تعذر الاصلاح، وقد روى عن على أنه بعث حكمين بين زوجين وقال لهما: عليكما إن رأيتما إن تجمعا فاجمعا وأن رأيتما أن تفرقا ففرقا.
وروى عن ابن عباس انه قال فى الحكمين: فان اجتمع أمرهما على أن يفرقا أو يجمعا فأمرهما جائز.
(راجع المدونة الكبرى جـ٥ ص ٥٤ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد جـ٢ ص ٩٩ - على حسب الله فى الفرقة بين الزوجين ص ١٥١).
وقد جاء بالمذكرة الايضاحية للقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩:
«فقد فهم بعض الصحابة أن حق الحكمين مطلق فى الاصلاح أو التفريق وأن على القاضى أن يقضى بما يريانه ومن هؤلاء على بن أبى طالب وعبد الله بى عباس ولم يعرف لهما مخالف».

تقضى بذلك، فلا يجوز لها إن اتفق الحكمان على الطلاق أن تقضى برفض طلب التطليق، أو اذا اتفقا على بدل معين أن تعدل فيه بالزيادة أو النقصان.

وكانت المادة العاشرة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ قبل تعديلها بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ والقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ تنص على ذلك صراحة اذا جرى نصها على أن:

«على الحكمين أن يرفعا الى القاضى مايقرانه وعلى القاضى أن يحكم بمقتضاه» . الا أن هذا النص حذف من المادة بعد تعديلها ولم تفصح الأعمال التحضيرية للقانونين المذكورين عن سبب هذا الحذف.

وقد استقر قضاء محكمة النقض على الرأى السابق اذا جرى على أن:

١ - « .... وهذه الأحكام مستمدة من فقه المالكية ومن المنصوص عليه فيه أن الحكمين طريقهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة ولو كانا من جهة الزوجين لأن الحكم فى اللغة هو الحاكم فان اتفق الحكمان نفذ حكمهما ووجب على الحاكم امضاؤه من غير تعقيب ولو خالف مذهبه، وان اختلف فطلق أحدهما ولم يطلق الآخر فلا يكون هناك فراق لأن كل واحد منهما مال الى صاحبه باجتماعهما عليه، لما كان ذلك وكان يبين من الحكم المطعون فيه أنه بعد أن أشار الى اختلاف الحكمين الأولين وتكليفهما بمعاودة البحث واستمرار الخلاف بينهما أورد مايلى:

«فأصدرت المحكمة بتاريخ ٥ أبريل ١٩٧٠ حكما ثانيا باعتبار .... حكما عن المستأنف لا الطاعن - و...... حكما عن المستأنف عليها - المطعون عليها - لأداء ذات المهمة ..... وجاء فى ذيل تقريرهما فقرة خاصة بالحكم عن الزوجة أنه ويرى أن الخلف مبعثه الزوج وهو مصدره والمتسبب فيه وأن

الحياة مستحيلة مما يرى معه الحكم المذكور بالتفريق، ثم تقدم الحكمان معا بمذكرة فى ٢٨ من أبريل ١٩٧٠ برأى حكم الزوجة على النحو سالف الذكر ورأى حكم الزوج أن سبب عدم عودة الحياة الزوجية هو عند الزوجة وأنه لاسبيل الى التفرقة بينهما، وقال فى مذكرة خاصة به مقدمة لجلسة ١٣ من مايو ١٩٧٠ أنه يقصد بعدم وجود سبيل للتفرقة هو عدم وجود المبرر لأن الخلاف القائم مرجعه الزوجة ..» . ثم انتهى الحكم الى قوله «ونتيجة لهذا كله واذ عجز الحكمان عن ابداء رأى متفق عليه بينهما شأنهما فى ذلك شأن سابقيهما تعين الأخذ بالثابت من أعمال الحكمين، وترى المحكمة من خلافهما أن الحال مجهل وأن الاساءة المانعة من الحياة الزوجية غير معروف من أى منهما صدرت، ومن ثم يتعين الحكم بالتطليق اعمالا لنص المواد من ٨ الى ١١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩»، ولما كان الثابت من الحكم أن الحكمين الأخيرين كسابقيهما اختلفا ولم يقررا بجهل الحال وكان يتعين ازاء اختلافهما أن تكلفهما المحكمة بمعاودة البحث تطبيقا لحكم المادةالعاشرة من القانون ، واذا استنتج الحكم جهل الحال من اختلاف الحكمين وقضى بتطليق المطعون عليها مع أن المشرع ترك للحكمين التقرير بجهل الحال وبالتفريق بين الزوجين تبعا لذلك على أن يحكم القاضى بالتطليق حسبما قرراه عملا بحكم المادتين التاسعة والحادية عشرة من القانون، لما كان ما تقدم فان الحكم يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه فى هذا الخصوص» .

(طعن رقم ٤٦ لسنة ٤٠ ق«أحوال شخصية» جلسة ١٩٧٤/٢/٢٠)

٢- « ... والنعى مردود فى وجهه الثالث بأن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الحكمين طريقهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة، وأنه اذا اتفقا على رأى

نفذ حكمهما ووجب على الحاكم امضاؤه دون تعقيب، لما كان ذلك، وكان الثابت فى تقريرات حكم محكمة أول درجة أن الحكمين قدما تقريرا انتهيا فيه الى أنه « لاخير فى هذه الزيجة التى بنيت من أولها وطيلة المدة من ١٩٦٣ حتى ١٩٧١ والنزاع والشقاق على أشده حتى وصل الى أعلا مراتبه، وأصبح ولا خير فيه وكل واحد من الطرفين يبحث فى أمور يكيد بها للآخر.....» ورتب الحكم على ذلك اتفاق الحكمين على وجوب التفريق بين الزوجين وقضى بالتطليق، فانه لايكون قد أخطأ فى تطبيق القانون» .

(طعن رقم ١٣ لسنة ٤١ ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٩٧٥/٥/٢٨)

٣- « .... يدل على أنه اذا طلبت الزوجة التطليق من خلال دعواها بالاعتراض على دعوة زوجها لها للعودة الى منزل الزوجية تعين على المحكمة - بعد أن يتضح لها عند التدخل بين الزوجين لانهاء النزاع صلحا أن الخلاف مستحكم - أن تتخذ اجراءات التحكيم، فاذا اتفق الحكمان على التطليق ورفعا تقريرهما اليها قضت بما قرراه دون معارضة أو مناقضة - لما كان ذلك، وكان الثابت أن دعوى الطاعنة بالتطليق جاءت من خلال اعتراضها على انذارى دعوتها للعودة لمنزل الزوجية، واتخذت المحكمة الاستئنافية - ومن قبلها محكمة أول درجة - اجراءات التحكيم فاتفق الحكمان على استحكام الخلاف واستحالة العشرة بين الزوجين بما لازمه أن تحكم المحكمة بما ارتأياه من التفريق بينهما واذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بالغاء الحكم المستأنف ورفض التطليق على سند من أن الطاعنة عجزت عن اثبات الضر الذى لايستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما -

عملا بالمادة السادسة من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ - فإنه يكون معيبا بالخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه».

(طعن رقم ٧٧ لسنة ٥٦ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٨٨/١١/٢٩)

٤- « المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الحكمين طريقهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة وإن اتفقا على رأى نفذ حكمهما ووجب على الحاكم إمضاؤه دون تعقيب وإذ كان الثابت من تقرير الحكمين أنهما انتهيا فى تقريرهما إلى تطليق المطعون ضدها على الطاعن طلقة بائنة بالبدل لأسباب سائغة لها أصلها الثابت من الأوراق، وهو ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون ويكون النعى على غير أساس».

(طعن رقم ٥٠ لسنة ٥٩ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٢/٢/٢٥)

٥-« يدل النص فى الفقرة الخامسة من المادة ١١ مكررا ثانيا من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أنه إذا طلبت الزوجة التطليق من خلال اعتراضها على دعوة زوجها لها للعودة إلى منزل الزوجية تعين على المحكمة التدخل بين الزوجين لإنهاء النزاع صلحا، فإذا تبين لها أن الخلاف مستحكم اتخذت إجراءات التحكيم، فإذا اتفق الحكمان على التطليق فإن قرارهما ينفذ فى حق الزوجين وإن لم يرتضياه ويلتزم به القاضى لأن مبنى التحكيم الحكم لا الوكالة أو الشهادة».

(طعن رقم ٢٢٥ لسنة ٦٢ ق « أحوال شخصية جلسة» ١٩٩٦/٥/٢٠)

غير أن المحكمة لاتلتزم بالحكم بما اتفق عليه الحكمان فى تقريرهما، اذا كان التقرير باطلا، كما لو كان الحكمان لم يخطرا الزوجين أو أحدهما ببدء التحكيم ومكان انعقاده، أو كان التقرير خلوا من الأسباب التى بنى عليها، أو كانت هذه الأسباب مشوبة بالقصور . أو كان ما اقترحه الحكمان مخالفا للقانون كأن يثبت لهما أن الاساءة كلها من جانب الزوجة ثم يقترحان التطليق دون بدل أو يجهل الحال أمامهما فلم يعرفا المسىء من الزوجين ويقترحان التطليق ببدل.

وتطبيقا لما تقدم قضت محكمة كفر الشيخ الشرعية بتاريخ ١٩٣١/١٠/٢٩ فى الدعوى رقم ١٠٦٧ لسنة ٣٠ ق بأن :

« اذا طلبت الزوجة تطليقا للضرر من زوجها – واتفقت معه أمام المحكمة على تعيين محكمين للحكم فيما بينهما وأصدر هؤلاء المحكمين حكمهم فالمحكمة لاتتقيد به ما دامت نصوص الشريعة والقانون لاتنطبق عليه» .

٨٣ - بعث حكم ثالث فى حالة عدم اتفاق الحكمين :

اذا لم يتفق الحكمان على رأى ، كأن يرى أحدهما امكان الصلح بين الزوجين وعودة العشرة بينهما بالمعروف، بينهما يرى الآخر تطليق الزوجة، أو يتفقان على التطليق ولكنها يختلفان فى تحديد الطرف المسىء منهما أو يتفقان فى تحديد الطرف المسىء منهما ولكنهما يختلفان فى مقدار البدل....الخ. فان عليهما فى حالة عدم الاتفاق هذه أن يرفعا مذكرة الى المحكمة تتضمن رأى كل منهما على انفراد أو يدليان برأيهما أمامها ويثبت بمحضر الجلسة.

وواجب المحكمة حينئذ أن تقرر اعادة بعث الحكمين مع حكم ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الاصلاح مع تحليفه اليمين المبينة بالمادة (٨) .

ولم تشترط المادة أن يكون الحكم الثالث من أهل أى من الزوجين، وانما اشترطت أن يكون له خبرة بالحال وقدرة على الاصلاح، ولايقتضى هذا الشرط أن يكون الحكم الثالث على اتصال شخصى بالزوجين أو بأحدهما قريبا منه مطلعا على أحواله وانما يكفى أن يكون له من الخبرة العامة مايستطيع به التوفيق بين الزوجين (راجع بند٧٢) .

ويتم اختيار الحكم الثالث باتفاق الزوجين، فاذا امتنعا عن اختياره أو لم يتفقا على حكم قامت المحكمة بتعيينه.

ويترتب على عدم حلف الحكم الثالث اليمين مايترتب على عدم حلف الحكمين اياها.

وتصدر المحكمة قرارها ببعث الحكم الثالث مع الحكمين السابقين لأداء مأمورية الحكمين السابقة فى الميعاد المبين بالمادة الثامنة من المرسوم بقانون .

وقد عللت المذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بعث حكم ثالث بقولها: «وتفاديا لاطالة أمد التقاضى عند اختلاف الحكمين اقترح المشروع تعيين حكم ثالث تبعثه المحكمة مع الحكمين.

وبعث الحكم الثالث لايخالف أصلا من أصول الشريعة فان القرآن الكريم لم ينه عنه وقد صار فى هذا الزمان أمرا ضروريا كوسيلة لاظهار الحق ورفع

الضرر على أن من الفقهاء من أجاز بعث حكم واحد - تفسير الجامع لأحكام القرآن للقرطبى جـ٥ ص ١٦٨ وما بعدها» (١).

كما جاء بتقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ما يأتي :

«وكان نص المادة «١٠» للمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ قبل تعديله يترك للقاضى اذا اختلف الحكمان فى أمر الزوجين أمرهما بمعاودة البحث، فاذا استمر الخلاف بين الزوجين حكم القاضى غيرهما وكان فى

---

(١) ويرى بعض الفقهاء انه وان كان بعث الحكم الثالث لا مخالفة فيه لكتاب الله الذى أمر ببعث الحكمين لأنه قد تحقق الامتثال ببعث الأوليين، والزيادة مسكوت عنها فتبقى على أصل الاباحة حيث لانهى عنها، الا أنه يرى أن استناد المذكرة الايضاحية للقانون فى بعث الحكم الثالث الى قول القرطبى هو قياس غير صحيح لأن عبارة القرطبى المشار اليها فى ص ١٧٧ جـ٥ تقول «ويجزىء ارسال الواحد لأن الله سبحانه حكم فى الزنا أربعة شهود ثم قد أرسل «رسوالله صلى الله عليه وسلم» الى المرأة الزانية أنيسا وحده وقال له : «ان اعترفت فارجمها» وكذلك قال عبد الملك فى المدونة: فصاحب هذا القول يقيس إرسال الحكم الواحد بدلا من الاثنين على تلك المسألة وهى أن الله حكم الزنا أربعة شهود ثم بعث أنيسا الى المرأة الزانية.
ولعله فهم أن رسول الله عليه السلام اكتفى بشهادة أنيس عن أربعة شهود. والامر ليس كذلك لان الزنا يثبت بأحد أمرين: إما شهادة أربعة أو اقرار الزانى نفسه فأمر الرسول صلى الله عليه وسلم» باقامة الحد على هذه الزانية بناء على اقرارها لابشهادة أنيس وحده يدل عليه قول الرسول«فان اعترفت فارجمها».
ثم أن أنيسا لايعتبر هنا شاهدا، لأن الشهادة تكون على الفعل لاعلى الاعتراف، فلا معنى للاستدلال بهذا القول الذى لادليل عليه مع مخالفته لصريح الآية «الدكتور محمد مصطفى شلبى فى ملحق أحكام الأسرة فى الاسلام ص٥٩ وما بعدها».

ذلك تعطيل كبير اذ بعد طول المدة التى استغرقها الحكمان، يبدأ حكمان جديدان فى مباشرة المهمة منذ البداية حيث لم يدرسا أسباب النزاع من قبل» .

كما جاء بالتقرير :

«وغنى عن البيان أن أساس نظام التحكيم بين الزوجين هو قوله تعالى: ﴿وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها﴾ وليس فى الآية الكريمة مايفيد حصر العدد باثنين بل المقصود هو تحقيق وجود تمثيل لأهل كل من الطرفين اذا كان الحكمان من أهلهما ولايوجد ما يمنع شرعا من تعدد الأحكام أى أكثر من اثنين أو بعث حكم واحد فى بعض الآراء أو بعث حكم ثالث كما نحى الى ذلك القرار بقانون» .

٨٤ - حالة اتفاق الحكام الثلاثة :

اذا اتفق الحكم الثلاثة على رأى ورفعوا تقريرهم الى المحكمة، قضت المحكمة بمقتضاه، على التفصيل الذى ذكرناه بالنسبة للحكمين.

ولايلزم اتفاق الحكام الثلاثة وانما يكفى اتفاق أغلبيتهم أى اتفاق اثنين منهم .

وفي هذا جاء بالمذكرة الايضاحية للاقتراح بمشروع القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أنه:

«وتفاديا لاطالة أمد التقاضى عند اختلاف الحكمين اقترح المشروع تعيين حكم ثالث تبعثه المحكمة مع الحكمين وتقضى بما يتفقون عليه أو برأى

الأكثرية وعند اختلافها فى الرأى أو عدم تقديم التقرير فى الميعاد تسير المحكمة فى الاثبات وتقضى وفق التفصيل الموضح فى المادة ١١».

٨٥ - حالة اختلاف الحكام الثلاثة او عدم تقديم تقريرهم فى الميعاد :

اذا اختلف الحكام الثلاثة بأن لم يتفقوا جميعا أو لم يتفق اثنان منهم على رأى، أو لم يقدموا تقريرهم فى الميعاد الذى حددته المحكمة ، سارت المحكمة فى الاثبات.

ومحل الاثبات هنا هو الضرر الواقع على الزوجة من دعوة زوجها للعودة لمنزل الزوجية ، فهو يدور حول عودة الزوجة لمنزل الزوجية، ولا يدخل تحته أى نوع آخر من أنواع الضرر الذى تحكمه المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، ومناط هذا الضرر أن يثبت أن امتناع الزوجة عن العودة الى منزل الزوجية بحق شرعى.

والزوجة باعتبارها مدعية فى دعوى الاعتراض على الطاعة هى المكلفة باثبات هذا الضرر، ويجوز لها اثباته بكافة طرق الاثبات الشرعية.

ويجب على المحكمة بعد انتهائها من الاثبات التدخل للتوفيق بين الزوجين، والا كان حكمها باطلا.

(راجع فى تفصيل ذلك بند ٣٩ وما بعده).

فاذا عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها حال تدخلها للتوفيق بينهما عدم استحالة العشرة بينهما أى أن الخلاف غير مستحكم بينهما [١]، قضت برفض دعوى الاعتراض على الطاعة وطلب التطليق، أما اذا تبين لها استحالة العشرة بينهما أى أن الخلاف مستحكم بينهما وأصرت

---

(١) راجع فى المقصود باستحكام الخلاف بين الزوجين بند ٥١.

الزوجة على الطلاق قضت بالتطليق بينهما بطلقة بائنة مع اسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها والزامها بالتعويض المناسب ان كان لذلك مقتض.

٨٦ - حقوق الزوجة المالية التى يرد عليها الاسقاط :

قضى المشرع بأن يكون تطليق الزوجة فى الحالة الموضحة بالبند السابق - عند عجزها عن التوفيق بين الزوجين وتبين استحالة العشرة بينهما - طلقة بائنة ، مع اسقاط حقوقها المالية كلها أو بعضها والزامها بالتعويض المناسب ان كان لذلك كله مقتض.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

«وحيث أن هذا النعى مردود . ذلك ان النص فى الفقرة الثانية من المادة ١١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ٢٩ على «انه..... وإن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين، وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتطليق بينهما بطلقة بائنة مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها او بعضها وإلزامها بالتعويض المناسب إن كان لذلك كلة مقتضى»- مفاده - ان تقدير مقتضى التعويض متروك لتقدير محكمة الموضوع، وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه رفض الطلب الاحتياطى بالتعويض على سند من أن المحكمة لاترى له مقتضى، وهو ما مؤداه التفات المحكمة عن المستندات والدلائل التى أثارها الطاعن بسبب النعى للجدل فى سلطة محكمة الموضوع فى تقدير مقتضى التعويض، مما لاتجوز إثارته أمام محكمة النقض، ويكون النعى بهذا السبب على غير أساس».

(طعن رقم ٢٠٥ لسنة ٥٩ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩١/٣/٥).

وواضح من ذلك أن القضاء باسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها والزام الزوجة بالتعويض رهن بوجود مقتضى، فاذا انتفى هذا المقتضى قضت المحكمة بالتطليق مع عدم مساسها بحقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها.

والمقتضى لإسقاط الحقوق المالية كلها أو بعضها هو أن تكون أسباب استحالة العشرة من جانب الزوجة وحدها أو مشتركة بين الزوجين ولكنها من جانب الزوجة أكثر. وذلك بالتفصيل الآتى:

١ - اذا كانت أسباب استحالة العشرة كلها من جانب الزوج وجب على القاضى التطليق دون مساس بشىء من حقوق الزوجة المالية.

٢ - اذا كانت أسباب استحالة العشرة كلها من جانب الزوجة، وجب على القاضى التطليق مع اسقاط حقوق الزوجة المالية كلها.

٣ - اذا كانت أسباب استحالة العشرة من جانب الزوجين، فاذا كانت متساوية وجب على القاضى التطليق دون اسقاط شىء من حقوق الزوجة المالية، واذا كانت من جانب الزوجة أكثر وجب على القاضى التطليق مع اسقاط بعض حقوق الزوجة المالية بما يتناسب مع نسبة أسباب الاستحالة التى جاءت من جانبها.

أما اذا كانت أسباب استحالة العشرة من جانب الزوج أكثر وجب على القاضى التطليق دون المساس بشىء من حقوق الزوجة المالية.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

«فى حالة الإساءة المشتركة بين الزوجين ليس بلازم أن يكون التطليق ببدل. الأمر متروك لاقتراح الحكمين».

(طعن رقم ٢١ لسنة ٥٨ ق«أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٠/٦/٢٦).

٤ - اذا جهل الحال بأن غم على المحكمة الوقوف على أى من الزوجين كانت استحالة العشرة من جانبه، وجب على المحكمة التطليق دون اسقاط شىء من حقوق الزوجة المالية.

والمقصود بحقوق الزوجية المالية، تلك المترتبة لها على الزواج أو الطلاق، كالنفقة والصداق والمتعة ولا يدخل فى هذه الحقوق، حقوق الزوجة قبل زوجها التى لاصلة لها بالزواج والطلاق، كقرض تداينه به أو ايجار عقار يستأجره منها.

واذا ورد النص فى الحكم على « إسقاط حقوق الزوجة المالية» ، فيكون الإسقاط قد ورد عاما والعام على عمومه طالما لم يخصص، فيكون الإسقاط شاملاً لحقوق الزوجة، سواء منها ما كان قبل القضاء بالتطليق أو بعده وفى هذا قضت محكمة استئناف اسكندرية (مأمورية دمنهور) بتاريخ **١٩٩١/١١/٢٠فى الدعوى رقم ١١١ لسنة ١٩٨٩ شرعى بأن:**

«وحيث انه عن موضوع الاستئناف الذى ينعى فيه المستأنف الخطأ فى تطبيق القانون لقصره عبارة (اسقاط كافه حقوقها المالية) على الحقوق التالية للحكم الصادر فى الدعويين رقمى ٤٣٨، ٦٠٧ لسنة ١٩٨٦ احوال كلى دمنهور، فان هذا النعى فى محله ذلك ان الشرع حين نص فى المادة ٢/١١ من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المضافة بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على انه اذا عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين بأن يظهر لها استحالة العشرة بينهما لاستحكام الخلاف وتصر الزوجة على طلب التطليق فى هذه الحالة تقضى المحكمة بالتفريق بين الزوجين بطلقة بائنة مع إسقاط حقوق الزوجة كلها أو بعضها ومن هذا يظهر أن المشرع وضع قرينه قانونية قاطعة على أن استحالة العشرة فى هذه الحالة سببها الزوجة ورغم ذلك نص على تطليقها بطلقه بائنة مع إسقاط حقوقها كلها أو بعضها وهذا التطليق يبدل يقترحه القاضى، فإذا ما قضت المحكمة بالتطليق مع إسقاط كافة حقوقها المالية دون تحديد لهذه الحقوق فإن ذلك ينصرف لكافة حقوق الزوجة سواء منها ما كان قبل القضاء بالتطليق أو بعده ويشمل نفقه الزوجية والعدة والمتعة

ومؤخر الصداق واذ خالفت محكمة أو درجة هذا النظر وقصرت الإسقاط على الحقوق المالية التالية لحكم التطليق فإنها تكون قد خصصت تلك الحقوق التى وردت عامة فى الحكم دون مخصص ويتعين القضاء لذلك بتعديل الحكم المستأنف بجعل عبارة «مع إسقاط كافة حقوقها المالية» تشمل الحقوق السابقة واللاحقة على الحكم الصادر فى الدعويين ٤٣٨، ٦٠٧ لسنة ١٩٨٦ أحوال كلى دمنهور».

ولايعتبر الجهاز من الحقوق المالية المترتبة على الزواج، لأنه ليس ركنا فى عقد الزواج أو شرطا من شروطه، فهو وإن كان يعد بمناسبة الزواج إلا أنه ليس من آثاره.

والتعويض الذى نصت عليه المادة يقضى به للزوج فى الحالات التى تقضى فيها المحكمة بإسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها، لأن ذلك يتضمن ثبوت الخطأ فى جانب الزوجة، وذلك إذا ترتب للزوج من جراء التطليق ضرر مادى أو أدبى ، كما لو كان للتطليق فى الظروف الذى وقع فيها من شأنه الإضرار بسمعته وإثارة الأقاويل حوله.

وتحديد الحقوق المالية التى يقضى باسقاطها، وكذا تحديد مدى الضرر الذى حاق بالزوج وقيمة التعويض الجابر لهذا الضرر، مما يخضع للسلطة التقديرية لقاضى الموضوع، على ضوء ما يستبينه من ظروف الدعوى وأدلتها وقرائنها.

وبالترتيب على ما تقدم إذا قضى بتطليق الزوجة على الزوج مع إسقاط حقوقها المالية كلها بما فيها نفقة الزوجية، فإن هذا القضاء يحوز حجية الأمر المقضى فى عدم استحقاق الزوجة للنفقة، ويمتنع عليها المطالبة بالنفقة بدعوى تالية.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

«القضاء بتطليق المطعون ضدها على الطاعن مع إسقاط حقوقها المالية كلها بما فيها نفقة الزوجية . حيازته قوة الأمر المقضى. أثره امتناع إعادة طرح نفقة المطعون ضدها فى أى دعوى تالية له. علة ذلك» .

(طعن رقم ٩٣ لسنة ٦١ ق«أحوال شخصية» جلسة ١٩٩١/١٢/١٧).

٨٧- الطعن بالاستئناف والنقض في الحكم الصادر في الاعتراض علي إنذار الطاعة وطلب التطليق في ظل القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ :

الحكم الصادر فى دعوى الاعتراض على إنذار الطاعة أوالحكم الصادر فى دعوى الاعتراض وطلب التطليق يقبل الطعن فيه بالاستئناف . (م٥٧ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠).

وميعاد الاستئناف أربعون يوما (م١/٢٢٧ مرافعات) .

ويبدأ هذا الميعاد من تاريخ صدور الحكم مالم ينص القانون على غير ذلك . ويبدأ هذا الميعاد من تاريخ إعلان الحكم إلى المحكوم عليه فى الأحوال التى يكون فيها قد تخلف عن الحضور فى جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى ولم يقدم مذكرة بدفاعه (م١/٢١٣ مرافعات).

ويكون ميعاد الاستئناف ستين يوما لمن لاموطن له فى مصر دون إضافة ميعاد مسافة (م ٦٢ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠).

ويكون الحكم الصادر من محكمة الاستئناف قابلا للطعن فيه بالنقض طبقا للقواعد العامة الواردة بقانون المرافعات.

ويراعى أن المعارضة فى الأحكام الغيابية قد ألغيت بمقتضى القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠[1] .

---

(١) راجع بالنسبة للأحكام الغيابية الصادرة قبل العمل بهذا القانون المادة الأولى من قانون المرافعات.

٨٨- عدم تنفيذ الحكم الصادر بالتطليق إلابانقضاء مواعيد الطعن عليه بالنقض:

تنص المادة ٦٣ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ على أن: « لاتنفذ الأحكام الصادرة بفسخ عقود الزواج أوبطلانها أو بالطلاق أو التطليق إلا بانقضاء مواعيد الطعن عليها بطريق النقض، فإذا طعن عليها فى الميعاد القانونى، استمر عدم تنفيذها إلى حين الفصل فى الطعن.

وعلى رئيس المحكمة أو من ينيبه تحديد جلسة لنظر الطعن مباشرة أمام المحكمة فى موعد لايجاوز ستين يوما من تاريخ إيداع صحيفة الطعن قلم كتاب المحكمة أووصولها إليه، وعلى النيابة العامة تقديم مذكرة برأيها خلال ثلاثين يوما على الأكثر قبل الجلسة المحددة لنظر الطعن.

وإذا نقضت المحكمة الحكم كان عليها أن تفصل فى الموضوع».

وعلى ذلك لايجوز للزوجة التى قضى بتطليقها الزواج من آخر إلا إذا لم يطعن الزوج على الحكم الابتدائى بالاستئناف فى ميعاده، فإذا طعن عليه بالاستئناف، فلا يجوز لها الزواج من آخر إلا بعد فوات ميعاد الطعن بالنقض دون الطعن عليه، فإذا طعن عليه فى الميعاد، فلا يجوز لها الزواج من آخر إلا بعد الفصل فى الطعن بالرفض[1]. لأنها تكون مازالت فى عصمة زوجها.

وقد تغيا المشرع من هذا الحكم- على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون- أن يزيل « حرجا شديدا كانت تقع فيه بعض المطلقات اللاتى يتزوجن بعد صدور حكم محكمة الاستئناف بتطليقهن ثم تأتى محكمة النقض وتنقض هذا الحكم فيفرق بين الزوجة وزوجها الجديد وقد تكون أنجبت منه، وتدخل فى مأساة جديدة فى حياتها».

---

(١) ويكون الزواج بعد نقضاء عدتها فى جميع الأحوال.

٨٩- هل يسري طريق إنذار الطاعة بالنسبة لغير المسلمين متحدي الطائفة والملة ؟

تضمنت المادة (١١ مكررا ثانيا) سالفة الذكر طريقا أى إجراء جديدا لدعوة الزوجة إلى الدخول فى طاعة زوجها، هو بديل لدعوى الطاعة التى ترفع بالاجراءات المعتادة، وترك المشرع للزوج الخيار فيهما.

وفى ذات الوقت تضمنت المادة قاعدة موضوعية جديدة مقتضاها جواز الحكم للزوجة بالتطليق من خلال دعوى الاعتراض على انذار الطاعة بعد اتخاذ اجراءات التحكيم المنصوص عليها فى المواد من ٧-١١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (الملغاة) ومن بعدها المادة ١٩ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠) فالزوجة قد تحصل على حكم بالتطليق اذا أبدت هذا الطلب حال سير الاعتراض.

ولئن كان الإجراء الذى أتت به المادة وهو انذار الطاعة مما يسرى على المسلمين وغير المسلمين سواء كانوا متحدى الطائفة أو الملة أو غير متحدين فيهما عملا بالمادة الخامسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ التى تجرى على أن: «تتبع أحكام قانون المرافعات فى الاجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس الملية عدا الأحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين الأخرى المكملة لها» ومن بعدها المادة الأولى من قانون إصدار القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ التى تقضى بأن: « تسرى أحكام القانون المرافق على إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية والوقف . ويطبق فيما لم يرد بشأنه نص خاص فيه أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية وأحكام القانون المدنى فى شأن إدارة وتصفية التركات، الا أن القاعدة الموضوعية الواردة بها لاتسرى الا حيث تنطبق أحكام الشريعة الاسلامية، فتسرى على المسلمين وغير المسلمين غير متحدى الطائفة

والملة، ولكنها لاتنطبق على غير المسلمين متحدى الطائفة والملة، لأنهم يخضون للأحكام الموضوعية الواردة فى شرائعهم عملا بالمادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ***التى تنص على أن :***

«تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالاحوال الشخصية والوقف والتى كانت أصلا من اختصاص المحاكم الشرعية طبقا لما هو مقرر فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم المذكورة . أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام - فى نطاق النظام العام - طبقا لشريعتهم» ، ومن بعدها المادة الثالثة من قانون إصدار القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ التى تقضى بأن : « تصدر الأحكام طبقا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد فى شأنه نص فى تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبى حنيفة . ومع ذلك تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بين المصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة الذين كانت لهم جهات قضائية ملية منظمة حتى ٣١ ديسبمر سنة ١٩٥٥ - طبقا لشريعتهم - فيما لايخالف النظام العام» لاسيما وأن القاعدة الموضوعية المذكورة تتعارض مع الأحكام الواردة فى تلك الشرائع، لان شرائع غير المسلمين تأخذ بمبدأ التحديد للقانونى لأسباب التطليق فلا تفسخ عقد الزواج الا بحكم ولأسباب بعينها لأنها تعتبر الزواج نظاما قانونيا وأن القواعد التى يتكون منها هذا النظام انما هى قواعد آمرة لايملك الزوجان الاتفاق على مخالفتها كما لايجوز للمحكمة الخروج عليها.

ولما كان لايتصور تجزئة حكم المادة (١١مكررا ثانيا) المذكورة بتطبيق الاجراء الوارد بها على غير المسلمين متحدى الطائفة والملة دون القاعدة الموضوعية الخاصة بالتطليق، فانه يضحى متعينا عدم تطبيق المادة جميعها على غير المسلمين متحدى الطائفة والملة.

غير أن محكمة النقض خالفت هذا النظر، وذهبت الى أن ماورد بالمادة المذكورة بخصوص ما يتبع فى دعوة الزوج زوجته الى طاعته واعتراضها على ذلك انما يندرج فى قواعد الاختصاص ومسائل الاجراءات التى تسرى على جميع منازعات الطاعة أيا كانت ديانة أطرافها.

فقد قضت بأن :

١- «مفاد الفقرة الثانية من المادة ٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بالغاء المحاكم الشرعية والملية أن الأحكام التى يتعين على المحاكم تطبيقها هى الأحكام الموضوعية فى الشريعة الواجبة التطبيق ولكن ماورد فى المادة ١١ مكررا ثانيا من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المشار اليها فى خصوص ما يتبع فى دعوة الزوج زوجته للدخول فى طاعته واعتراضها على ذلك أمام المحكمة الابتدائية إنما هى من قواعد الاختصاص ومسائل الاجراءات فانها تسرى على جميع منازعات الطاعة أيا كانت ديانة أطرافها».

(طعن رقم ٧٦ لسنة ٥٤ ق«أحوال شخصية»جلسة ١٩٨٦/٥/٢٧).

٢- «الأحكام التى يتعين على المحاكم تطبيقها فى منازعات المصرين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة . هى الأحكام الموضوعية فى الشريعة الخاصة الواجبة التطبيق . الإجراءات الخاصة بما يتبع فى دعوى الطاعة. م١١مكرر ثانيا من ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . ماهيتها. من قواعد الاختصاص والإجراءات التى تسرى على جميع منازعات الطاعة أيا كانت ديانة أطرافها».

(طعن رقم ٩٢ لسنة ٥٦ ق«أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٠/٤/١٧ - غير منشور - ذات المبدأ طعن رقم ٢٥ لسنة ٥٩ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٠/٥/٨).

٣- « الإجراءات الخاصة بدعوة الزوج زوجته للدخول في طاعته واعتراضها على ذلك أمام المحكمة الابتدائية وفقا لنص المادة ١١ مكررا ثانيا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٩. من قواعد الاختصاص والإجراءات. مؤدى ذلك. سريانها على جميع منازعات الطاعة أيا كانت ديانة أطرافها» .

(طعن رقم ٣٧٧ لسنة ٦٣ق- أحوال شخصية- جلسة ١٩٩٨/٥/١٩)

موضوع رقم (٣)
النفقة الزوجيـــة

٩٠ - النصوص القانونية :

(أ) القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية (المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية)[١] :

---

(١) وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأنه لا ينال من دستورية هذا القانون عدم عرضه على مجلس الشورى قبل تقديمه إلى السلطة التشريعية لإقراره، وذلك بتاريخ ١٩٩٣/٥/١٥ فى القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية «دستورية» المنشور بالجريدة الرسمية العدد ٢٢ (تابع) فى ٥ يونيو سنة ١٩٩٣ إذ ذهبت فى هذا الحكم إلى أن: «وحيث ان المدعى ينعى على القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ - المشار إليه - صدوره بالمخالفة للأوضاع الشكلية التى تطلبتها المادة (١٩٤) من الدستور، على أساس أن مجلس الشورى وفقاً لحكمها يختص بدراسة واقتراح ما يراه كفيلاً بالحفاظ على المقومات الأساسية للمجتمع وقيمه العليا وتندرج تحتها الأسرة التى نص الدستور فى مادته التاسعة على أنها أساس المجتمع، وأن قوامها الدين والأخلاق والوطنية بما مؤداه أن إغفال عرض القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ المشار إليه على مجلس الشورى قبل تقديمه إلى السلطة التشريعية لاقراره، إنما ينحل إلى إهدار لشكلية جوهرية لا يقوم هذا القانون سوياً على قدميه بتخلفها.

وحيث إن الباب السابع من الدستور - المضاف بعد تعديله فى ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ - تضمن أحكاماً جديدة خص الدستور بها مجلساً وليداً أنشأه لأول مرة هو مجلس الشورى، وأفرده بها، وبوجه خاص فيما يتعلق باختصاصاته، وكيفية تشكيله، ومدة عضويته، ومدى مسئولية رئيس مجلس الوزراء ونوابه والوزراء أمامه، وشروط حله - وقد حدد الدستور اختصاص هذا المجلس فى مادتين هما المادتان ١٩٤ و١٩٥ منه، وبهما أخرج الدستور من ولايته ممارسة=

. . . .

= الوظيفة التشريعية التى ينعقد الاختصاص بها لمجلس الشعب دون غيره، وقصر مهمته على مسائل بذاتها يؤخذ رأيه فيها، وأخرى يتولى دراستها مبدياً وجهة نظره فى شأنها، وفى هاتين الحالتين كلتيهما، عين الدستور هذه المسائل تعييناً دقيقاً، وحددها حصراً مما مؤداه امتناع الإضافة إليها أو التبديل فيها أو القياس عليها.

وحيث أن البين من هاتين المادتين أن أولهما تتناول ولاية مجلس الشورى فى شأن المسائل الكفيلة بالحفاظ على ثورتى ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢، ١٥ مايو سنة ١٩٧١، وكذلك تلك المتعلقة بدعم الوحدة الوطنية وصون السلام الاجتماعى وحماية قوى الشعب العاملة فى تحالفها ومكاسبها الاشتراكية، وإرساء المقومات الأساسية للمجتمع وقيمه العليا، وضمان حقوق المواطن وحرياته وأدائه لواجباته العامة، وتعميق النظام الاشتراكى الديمقراطى وتوسيع مجالاته. وتقتصر مهمة المجلس فى شأن هذه المسائل جميعها على دراستها وقوفاً على جوانبها، واستظهاراً لوجهات النظر المتباينة فى مجالها، وعرضها معززة بأدلتها مقرونة بما يراه صائباً منها محققاً للمصالح التى قصد الدستور إلى حمايتها، ولا تعدو مهمته بالتالى - فى نطاق دراسته للمسائل التى عينتها المادة ١٩٤ من الدستور - مجرد معاونة الدولة - من خلال سلطاتها المختلفة وتنظيماتها المتعددة - على أن تتخذ قراراتها فى شأن هذه المسائل محيطة بشتى زواياها، واعية بآثارها الإيجابية وانعكاساتها السلبية، وذلك كله فى إطار من الموضوعية المنزهة عن الميل، أو الانحياز لوجهة نظر بذاتها لا تعززها الحقائق العلمية، ومن ثم تنحل الدراسة التى يجريها مجلس الشورى للمسائل التى حددتها المادة ١٩٤ من الدستور إلى غوص فى أعماقها تجلية لجوانبها المختلفة بلوغاً لغاية الأمر فيها، وهى بعد دراسة يقوم بها المجلس غالباً بمبادرة من جانبه، وليس ثمة التزام على أية جهة بطلبها منه، وهو يقرر كذلك أولوياته فى مجالها ويستقل بتقدير ما يراه ملحاً منها، وقيمتها العملية لا خفاء فيها، لأنها تتناول مسائل لها خطرها بقصد اقتحام مشكلاتها، والتوصل=

. . . .

= إلى حلول واقعية لها توطئة للعمل بها كلما كان ذلك ممكناً ومفيداً، وبالتالى لا يعتبر عرض أى موضوع مما يندرج تحتها على هذا المجلس التزاماً مترتباً بحكم الدستور، وآية ذلك أن الدستور حرص على أن يفصل بصورة قاطعة بين مهمة المجلس وفقاً لنص المادة (١٩٤) من ناحية، وبين الولاية التى يباشرها فى إطار المادة (١٩٥) منه من ناحية أخرى، مما مؤداه أن هاتين المادتين لا تختلطان ببعضهما، ولا يجوز القول بامتزاجهما، إذ لو صح ذلك لأدمجهما الدستور فى مادة واحدة يكون اختصاص مجلس الشورى فى شأن المسائل التى تندرج تحتها محيطاً بها جميعاً، أيا كان نطاق هذا الاختصاص أو الأغراض التى يتوخاها، وهو ما قام الدليل على نقيضه، ذلك أن المادة (١٩٥) من الدستور قوامها أن يؤخذ رأى مجلس الشورى وجوباً فى مسائل بذواتها غير التى حددتها المادة (١٩٤) منه، ولها من الأهمية والخطر ما يقتضى أن يكون عرضها عليه كى يقول كلمته فيها، أمراً محتوماً، وتنحصر هذه المسائل فى كل اقتراح يكون متعلقاً بتعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور، وكذلك كل مشروع لقانون يكون مكملاً للدستور، وكل معاهدة يكون موضوعها صلحاً أو تحالفاً أو متعلقاً بحقوق السيادة أو من شأنها التعديل فى النطاق الإقليمى للدولة، وكل مشروع يتناول الخطة العامة للدولة فى مجال التنمية الاجتماعية والاقتصادية، وكل مشروع قانون يحيله إليه رئيس الجمهورية، بالإضافة إلى أية موضوعات يحيلها رئيس الجمهورية إليه وتتصل بالسياسة العامة للدولة أو بسياستها فى الشئون العربية أو الخارجية. وهذه المسائل التى حددتها المادة (١٩٥) من الدستور، يجمعها أن الدستور قدر حيوية المصالح المرتبطة بها، وأن اتخاذ قرار فيها قبل أن يدلى مجلس الشورى برأيه فى نطاقها بعد عرضها عليه تكتنفه محاذير واضحة مرجعها رجحان أن يصدر هذا القرار متسرعاً أو مبتسراً أو قاصراً، ومن ثم كان عرضها على مجلس الشورى لأخذ رأيه فيها وجوبياً باعتبار أن ذلك شكلية جوهرية لا يجوز إهمالها أو التجاوز عنها، بالنظر إلى دقة المسائل التى عينتها المادة (١٩٥) وما يقتضيه بحثها من تعمق، وبوجه خاص فى جوانبها المتعلقة=

. . . .

= بالتنمية فـى مجالاتها المختلفة، وبالحدود الإقليمية للدولة التى تمتد إليها سيادتها، وبالشرعية الدستورية التى ترسى الدولة عليها دعائمها. متى كان ما تقدم، وكانت مشروعات القوانين المكملة للدستور من بين المسائل التى يتعين عرضها على مجلس الشورى لأخذ رأيه فيها قبل تقديمها إلى السلطة التشريعية الأصلية ممثلة فى مجلس الشعب، فإن إقرار السلطة التشريعية لقانون مكمل للدستور دون اتباع هذا الإجراء لن يقيله من عثرة مخالفته للأوضاع الشكلية التى تطلبتها المادة (١٩٥) من الدستور، ولن يرده بالتالى إلى دائرة المشروعية الدستورية فى جوانبها الإجرائية، إذ يعتبر القانون الصادر على خلافها مفتقراً إلى مقوماته كإطار لقواعد قانونية اكتمل تكوينها، ويقع من ثم مشوباً بالبطلان.

وحيث ان «القوانين المكملة للدستور» وإن نص الدستور على حتمية عرض مشروعاتها على مجلس الشورى لأخذ رأيه فيها، إلا أن إيراد الدستور لهذه العبارة لم يقترن بما يعين على إيضاح معناها بما لا خفاء فيه، فحق على هذه المحكمة أن تبين المقصود بها قطعاً لكل جدل حولها، ولضمان إرساء العلاقة بين مجلس الشعب ومجلس الشورى على أسس ثابتة تكفل مباشرة كل منهما لولايته فى الحدود التى رسمها الدستور لهما، فلا يجور أحدهما على الآخر مفتئتاً على اختصاصاته الدستورية، مقتحماً تخومها، وكان لا مقابل لعبارة «القوانين المكملة للدستور» فى الدساتير المصرية السابقة على الدستور القائم، وليس ثمة إعمال تحضيرية يمكن الارتكان إليها فى تجلية معناها، ولا شبهة كذلك فى أن انبهامها آل إلى غموض المعايير التى قيل بها ضبطاً لفحواها وتحرياً لدلالتها، وكان المشرع لازال عازفاً عن التدخل فى هذا المجال سواء باعتناق معيار منها أو بإبدالها بمعيار من عنده يمزج بينهما أو يقوم على أنقاضها، إلا أن ذلك كله لا يجوز أن يحول بين هذه المحكمة وبين مباشرة ولايتها فى مجال إعمال النصوص الدستورية، إذ هى التى تقوم من خلال تفسيرها على ربطها ببعض على ضوء المقاصد الحقيقية التى ابتغاها الدستور منها، وبما يرد عنها الغموض، بما مؤداه أن النصوص الدستورية جميعها غير مستعصية على التحديد من ناحية وأنه يتعين من ناحية أخرى أن يكون لكل=

= منها مجال يعمل فيه، متكاملاً فى ذلك مع غيره من النصوص. ومن المحقق، فإن عبارة «القوانين المكملة للدستور» وإن كانت جديدة كل الجدة، فريدة فى بابها، ولا تعرفها الدساتير المقارنة، إلا أنها تحمل فى أعطافها ضوابط تحديد معناها، ذلك أن الدستور من ناحية قد ينص فى مادة أو أكثر من مواده على أن موضوعاً معيناً، يتعين تنظيمه بقانون، أو وفقاً للقانون، أو فى الحدود التى يبينها القانون. بيد أن صدور قانون فى هذا النطاق لا يدل بالضرورة - ومن ناحية أخرى - على أن أحكامه مكملة للدستور، ذلك أن الموضوع الذى أحال الدستور فى تنظيمه إلى القانون، قد لا تكون له طبيعة القواعد الدستورية، وليس له من صلة بها، بل يعتبر غريباً عنها وخارجاً بطبيعته عن إطارها، بما مؤداه أنه لا يكفى لاعتبار تنظيم قانونى معين مكملاً للدستور أن يصدر إعمالاً لنص فى الدستور، بل يتعين - فوق هذا - أن تكون أحكامه مرتبطة بقاعدة كلية مما تتضمنها الوثائق الدستورية عادة كتلك المتعلقة بصون استقلال السلطة القضائية بما يكفل مباشرتها لشئون العدالة دون تدخل من أية جهة. فالقاعدة المتقدمة - وما يجرى على منوالها - مما تحرص الدساتير المختلفة على إدراجها فى صلبها، باعتبار أن خلوها منها يجردها من كل قيمة، فإذا اتصل بها تنظيم تشريعى قرر الدستور صدوره بقانون، أو وفقاً للقانون، أو فى الحدود التى يبينها القانون، دل ذلك على أن هذا التنظيم مكمل للدستور، ولا كذلك النصوص التشريعية التى لا تربطها صلة عضوية بتلك القواعد الكلية، كالقانون الذى يصدر إعمالاً لنص المادة (١٤) من الدستور محدداً أحوال فصل العاملين بغير الطريق التأديبى، والقانون الصادر فى شأن العفو الشامل على ما تقضى به المادة (١٤٩) من الدستور أو تنظيم التعبئة العامة وفقاً لنص المادة (١٨١) منه. فالتنظيم التشريعى الصادر فى الحدود المتقدمة، ليس مرتبطاً بأية قاعدة من القواعد الدستورية بمعنى الكلمة، بل يفتقر هذا التنظيم إلى العنصر الموضوعى الذى يدخل القانون الصادر به فى عداد القوانين المكملة للدستور بما مؤداه أن شرطين يتعين اجتماعهما معاً لاعتبار مشروع قانون معين مكملاً للدستور: (أولهما) أن يكون الدستور ابتداء قد نص صراحة فى مسألة عينها=

= على أن يكون تنظيمها بقانون، أو وفقاً لقانون، أو فى الحدود التى يبينها القانون، أو طبقاً للأوضاع التى يقررها، فإن هو فعل، دل ذلك على أن هذا التنظيم بلغ فى تقديره درجة من الأهمية والثقل لا يجوز معها أن يعهد به إلى أداة أدنى. (ثانيهما) أن يكون هذا التنظيم متصلاً بقاعدة كلية مما جرت الوثائق الدستورية على احتوائها وإدراجها تحت نصوصها، وتلك هى القواعد الدستورية بطبيعتها التى لا تخلو منها فى الأعم أية وثيقة دستورية، والتى يتعين كى يكون التنظيم التشريعى مكملاً لها أن يكون محدداً لمضمونها مفصلاً لحكمها مبيناً لحدودها، بما مؤداه أن الشرط الأول وإن كان لازماً لأمر مبدئى يتعين التحقق من توافره قبل الفصل فى أى نزاع حول ما إذا كان مشروع القانون المعروض يعد أو لا يعد مكملاً للدستور، إلا أنه ليس شرطاً كافياً، بل يتعين لاعتبار المشروع كذلك، أن يقوم الشرطان معاً متضافرين استبعاداً لكل مشروع قانون لا تربطه أية صلة بالقواعد الدستورية الأصيلة، بل يكون غريباً عنها مقحماً عليها. واجتماع هذين الشرطين مؤداه أن معيار تحديد القوانين المكملة للدستور، والتى يتعين أن يؤخذ فيها رأى مجلس الشورى قبل تقديمها إلى السلطة التشريعية، لا يجوز أن يكون شكلياً صرفاً، ولا موضوعياً بحتاً، بل قوامه مزواجة بين ملامح شكلية، وما ينبغى أن يتصل بها من العناصر الموضوعية، على النحو المتقدم بيانه.

وحيث أنه متى كان ذلك، وكان قانون الأحوال الشخصية المطعون عليه، لا يتناول موضوعاً نص الدستور على أن يكون تنظيمه بقانون، فإنه أياً كان وجه الرأى فى شأن اتصال النصوص التشريعية التى تضمنها قانون الأحوال الشخصية بقاعدة دستورية بطبيعتها أو انفكاكها عنها، فإن مراعاة الشكلية المنصوص عليها فى المادة (١٩٥) من الدستور لا يكون واجباً من زاوية دستورية، إذ يتعين دوماً لاعتبار نص تشريعى مكملاً للدستور - وعلى ما سلف بيانه - أن يكون قد تناول مسألة يعتبر =

المادة الأولى: (مستبدلة بالمادة الثانية من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥):

«تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكما حتى لو كانت موسرة أو مختلفة معه في الدين.

ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة.

وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك بما يقضى به الشرع.

ولا تجب النفقة للزوجة إذا ارتدت، أو امتنعت مختارة عن تسليم نفسها دون حق، أو اضطرت إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج أو خرجت دون اذن زوجها.

ولا يعتبر سبباً لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية - دون اذن زوجها - في الأحوال التي يباح فيها ذلك بحكم الشرع مما ورد به نص أو جرى به عرف أو قضت به ضرورة، ولا خروجها للعمل المشروع ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروط مشوب باساءة استعمال الحق، أو مناف لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه.

وتعتبر نفقة الزوجة ديناً على الزوج من تاريخ امتناعه عن الانفاق مع وجوبه، ولا تسقط الا بالأداء أو الابراء.

= موضوعها متعلقاً بقاعدة دستورية بطبيعتها متى نص الدستور على أن يكون تنظيمها بقانون، وهو ما تخلف في واقعه النزاع الماثل، الأمر الذى يكون معه النعى على القانون محل الطعن - من هذا الوجه - مفتقراً إلى الدعامة التى يستند عليها حرياً بالرفض».

ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى.

ولا يقبل من الزوج التمسك بالمقاصة بين نفقة الزوجة وبين دين له عليها إلا فيما يزيد على ما يفى بحاجتها الضرورية.

ويكون لدين نفقة الزوجة امتياز على جميع أموال الزوج، ويتقدم فى مرتبته على ديون النفقة الأخرى»[١].

---

(١) وكان نص المادة كما وردت بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ الآتى:

«تعتبر نفقة الزوجة التى سلمت نفسها لزوجها ولو حكماً ديناً فى ذمته من وقت امتناع الزوج عن الانفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض منهما ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الابراء».

ثم استبدلت بالمادة الثانية من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ (بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية الذى قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستوريته بتاريخ ١٩٨٥/٥/٤ فى القضية رقم ٢٨ لسنة ٢ قضائية (دستورية) ونصها الآتى:

«تجب النفقة للزوجة على زوجها من حين العقد الصحيح إذا سمت نفسها إليه ولو حكماً، موسرة كانت أو مختلفة معه فى الدين. ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة.

وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضى به العرف.

ولا تجب النفقة للزوجة إذا ارتدت أو امتنعت مختارة عن تسليم نفسها بدون حق أو اضطرت إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج.

ولا يعتبر سبباً لسقوط نفقة الزوجية خروجها من مسكن الزوجية بدون اذن زوجها - فى الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع أو يجرى بها العرف أو عند الضرورة، ولا خروجها للعمل المشروع ما لم يظهر أن استعمالها لهذا =

(ب) - المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية (المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥).

المادة ١٦: (مستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥):

«تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسراً أو عسراً على ألا تقل النفقة فى حالة العسر عن القدر الذى يفى بحاجتها الضرورية.

وعلى القاضى فى حالة قيام سبب استحقاق النفقة، وتوفر شروطه أن يفرض للزوجة ولصغارها منه فى مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى نفقة مؤقتة (بحاجتها الضرورية) بحكم غير مسبب واجب النفاذ فوراً إلى حين الحكم بالنفقة بحكم واجب النفاذ.

=الحق المشروط مشوب باساءة الحق أو مناف لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه.

وتعتبر نفقة الزوجة ديناً على الزوج من تاريخ امتناعه عن الانفاق مع وجوبه ولا تسقط الا بالأداء أو الابراء.

ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى.

ولا يقبل من الزوج التمسك بالمقاصة بين نفقة الزوجة وبين دين له عليها إلا فيما يزيد على ما يفى بحاجتها الضرورية.

ويكون لدين نفقة الزوجة امتياز على جميع أموال الزوج ويتقدم فى مرتبته على ديون النفقة الأخرى».

وللزوج أن يجرى المقاصة بين ما أداه من النفقة المؤقتة وبين النفقة المحكوم بها عليه نهائياً، بحيث لا يقل ما تقبضه الزوجة وصغارها عن القدر الذى يفى بحاجتها الضرورية»[1].

---

(١) وكان نص المادة كما وردت بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الآتى:

«تقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسراً أو عسراً مهما كانت حال الزوجة».

ثم استبدلت بالمادة الثالثة من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ (المقضى بعدم دستوريته) وأصبح نصها الآتى:

«تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسراً أو عسراً على ألا تقل النفقة فى حالة العسر عن القدر الذى يفى بحاجتها الضرورية.
وعلى القاضى فى حالة قيام سبب استحقاق النفقة وتوافر شروطه أن يفرض للزوجة فى مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى نفقة مؤقتة (بحاجتها الضرورية) بحكم غير مسبب واجب النفاذ فوراً إلى حين الحكم بالنفقة بحكم واجب النفاذ.

وللزوج أن يجرى المقاصة بين ما أداه من النفقة المؤقتة وبين النفقة المحكوم بها عليه نهائياً بحيث لا يقل ما تقبضه الزوجة عن القدر الذى يفى بحاجتها الضرورية».

(أولاً)

دليل وجوب النفقة - سبب وجوب النفقة - تعريف النفقة - أنواع النفقة

٩١ - أسباب وجوب النفقة للغير :

النفقة تجب على الانسان لغيره بواحد من أسباب ثلاثة :

الزوجية والقرابة والملك.

فالزوجية سبب وجوب نفقة الزوجة على زوجها.

والقرابة سبب وجوب نفقة القريب على قريبه.

والملك سبب وجوب نفقة المملوك على مالكه.

ومحل دراستنا هنا نفقة الزوجية، وقد تناولنا نفقة الأقارب فى مؤلف آخر، أما نفقة المملوك فلا محل لدراستها بعد أن زال نظام الرق[١].

٩٢ - دليل وجوب نفقة الزوجية :

ثبت وجوب نفقة الزوجية بأدلة من الكتاب والسنة والاجماع والمعقول.

---

(١) البحر الرائق - جـ٤ ص ١٧٤.

أمـا الكتاب فقوله تعالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة، وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾(١). فقد أوجب الله تعالى رزق الولدات وكسوتهن على المولود له وهو الزوج، وسمى الزوج مولودا له لأن الولد ينسب اليه.

وقوله تعالى: ﴿لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما أتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما أتاه سيجعل الله بعد عسر يسرا﴾(٢).

وقوله تعالى في شأن المطلقات: ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم، ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن﴾(٣)، فقد أوجب الله تعالى على الأزواج اسكان المطلقات من حيث سكنوا حسب قدرهم وطاقتهم واذا وجب اسكان المطلقة فاسكان الزوجه أولى بالوجوب، حيث أن زوجيتها قائمة حقيقة وحكما، والمطلقة لم يبق لها الا أحكامها أو بعضها فقط.. على أن الآية أوجبت الانفاق عموما للمطلقة الحامل.

وأما السنة، فقد وردت عن النبي عليه السلام أحاديث كثيرة تفيد وجوب النفقة منها:

١ – ماروى من أن النبى عليه السلام قال فى خطبته بعرفة فى حجة الوداع: ﴿ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾، وفى رواية ﴿نفقتهن﴾ بدلا من ﴿رزقهن﴾.

٢ – ماروى من أن رجلا جاء إلى النبى عليه السلام فقال: ماحق المرأة على زوجها؟ قال: ﴿يطعمها اذا طعم، ويكسوها اذا كسى، ولا يهجرها فى المبيت، ولا يضربها ولا يقبح﴾.

(١) الآية ٢٣٣ من سورة البقرة.
(٢) الآية ٧ من سورة الطلاق.
(٣) الآية ٦ من سورة الطلاق.

٣ – ما روى من أن هندا بنت عتبة زوجة أبى سفيان قالت يارسول الله: ان أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطينى ما يكفينى وولدى الا ما آخذ منه وهو لا يعلم، فقال عليه السلام: ﴿خذى مايكفيك وولدك بالمعروف﴾، فلو لم تكن النفقة واجبة على الزوج لما أمرها النبى عليه السلام بأن تأخذ من مال زوجها بغير اذنه وبغير علمه ما يكفيها بالمعروف اذ لا يجوز أخذ شيء من أموال الناس بدون حق.

أما الاجماع، فقد أجمعت الأمة فى كل العصور من عصر الرسول عليه السلام حتى الآن على أن نفقة الزوجة على زوجها ولم يخالف فى ذلك أحد.

أما المعقول، فان عقد الزواج يوجب على الزوجة تخصيص نفسها لمنفعة زوجها وتفرغها للحياة الزوجية، فهى تقر بالبيت وتقوم بشئونه وبرعاية الأولاد وتربيتهم، فهى محبوسة على ذمة الزوج، وهذا يمنعها من العمل والكسب، ومن القواعد المقررة في الفقه أن من حبس لحق غيره فنفقته واجبة عليه، كالمفتى والقاضى وغيرهم من العاملين بالحكومة فنفقتهم على الدولة، ومن ثم تكون نفقة الزوجة واجبة على الزوج.

٩٣ - سبب وجوب نفقة الزوجية :

سبب وجوب النفقة للزوجة، هو عقد الزواج الصحيح، غير أن الوجوب لايثبت بمجرد العقد، كما فى وجوب المهر، بل لما يترتب عليه من احتباس الزوجة وقصرها نفسها على زوجها بحيث يتمكن من الانتفاع بثمرات الزواج بأن تسلم نفسها حقيقة أو حكما بدخولها فى طاعته، والتسليم الحكمى يكون باستعدادها للدخول فى طاعته عند طلبه.

وسنتناول ذلك بالتفصيل فيما بعد .

٩٤ - تعريف النفقة :

النفقة لغـة[١] . هى ما ينفقه الانسان على عياله.

والنفقة شرعا هى الطعام والكسوة والسكنى وفى العرف الطارىء فى لسان أهل الشرع هى الطعام فقط، ولذا يعطفون عليه الكسوة والسكنى، والعطف يقتضى المغايرة[١] . ولذلك نجد كثيرا من الفقهاء يقولون مثلا تجب للزوجة على زوجها النفقة والكسوة والسكنى، فيجعلونها شيئا آخر غير الكسوة والسكنى.

وهذا التعريف لم يشمل كافة أنواع النفقة، بدليل أن الفقهاء أعطوا الزوجة أنواعا أخرى لم ترد بهذا التعريف، سنعرض لها فى البند التالى.

وعلى ذلك اذا أطلق لفظ النفقة، فانه لايشمل سوى الطعام والكسوة والسكنى دون غيرها من أنواع النفقة.

٩٥ - أنواع النفقه فى القانون :

نصت الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ (المستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥) على أن:

«وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضي به الشرع»[٣] .

وهذا النص لم يضع تعريفا جامعا لكافة أنواع النفقة مانعا من دخول أنواع أخرى فى نطاقه، وانما اقتصر على ذكر بعض أنواعها، وهى الغذاء والكسوة

---

(١) والنفقة مشتقة أيضا من النفوق وهو الهلاك. ومن النفاق: أى الرواج، والانفاق أى الفقر. وهذه المعانى ليست هى المرادة هنا. (راجع البحر الرائق - جـ٤ - ص ١٧٣).

(٢) حاشية ابن عابدين - جـ٣ - ص ٥٧١ وما بعدها.

(٣) والعبارة الأخيرة وردت فى المادة عند استبدالها بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ كالآتى: «وغير ذلك مما يقضى به العرف».

والمسكن ومصاريف العلاج، وذلك على سبيل التمثيل لا الحصر باعتبارها أهم أنواع النفقة، والدليل على ذلك أنه بعد تعداده للأنواع المذكورة أردف عبارة: «وغير ذلك مما يقضى به الشرع».

والمقصود مما يقضى به الشرع، كل ما يعتبره الشارع نفقة للزوجة على زوجها أو ملحقا من ملحقاتها[1]، ويرجع فى تحديد ذلك إلى الراجح من المذهب الحنفى.

والمذهب يدخل فى ذلك، بدل الفرش والغطاء وأجر الخادم[2]، واستئجار مؤنسة للزوجة اذا كانت تستوحش من المسكن.

وفى هذا قضت محكمة قسم أول بندر طنطا للأحوال الشخصية (ولاية علي النفس) بتاريخ ١٢ يناير سنة ١٩٨٨ فى الدعوى رقم ٩٤ لسنة ١٩٨٦ بأن:

«المقرر شرعا أن نفقة الزوجة تجب على زوجها من حين العقد الصحيح اذا سلمت نفسها إليه ولو حكما موسرة كانت أم فقيرة، وهى تجب من تاريخ امتناعه عن الانفاق عليها وتقدر بقدر يساره، ولا تسقط الا بالأداء أو الابراء وتشمل الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضى به الشرع، ولم تعرف النفقة تعريفا جامعا مانعا وانما أطلق النص فأدخل فى النفقة كل ما يقضى به الشرع والراجح فى المذهب الحنفى أنه تجب للزوجة نفقة خادم اذا كانت ممن يخدمون أى اذا كان لها خادم قبل أن تتزوج».

(١) المستشار أحمد نصر الجندى - الأحوال الشخصية - تعليق على نصوص القانون - طبعة ١٩٨٧ - ص ٣٣.

(٢) وقد جاء بالمذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ (الملغى) تعليقا على المادتين ٦،٥ أنه: «ثانيا: شمول نفقة الزوجة لنفقة الطعام وبدل الكسوة وأجرتى المسكن والخادم وشمول نفقة الصغير لذلك ولأجرتى الحضانة والرضاع».

ونتناول فيما يلى أنواع النفقة بالتفصيل :

٩٦- (١) الغـذاء :

وهو ماجرى الفقهاء على تسميته بالطعام، واللفظان مترادفان.

فالزوج يلتزم بأن يوفر لزوجته طعاما تستطيع أن تأخذ منه كفايتها، فتأكل منه مع زوجها أو تأكل منه وحدها، وهذه الطريقة هى الأصل فى الانفاق على الزوجة وهى التى تقتضيها عشرة الزوجية لما توجبه الخلطة بين الزوجين من الألفة والمودة، وتسمى طريقة التمكين.

أما اذا لم يقدم لها الزوج طعاما تأخذ منه كفايتها[١]، أو قتر عليها، فلها أن ترفع أمرها إلى القاضى وتطلب فرض نفقة طعام بقدر كفايتها حسب حال الزوج المالية والاجتماعية، وللقاضى أن يفرض لها أصنافا من الطعام يكلف الزوج باحضارها أو يقدر لها مقدارا من النقود لتشترى هى به ماتحتاج إليه. وهذه الطريقة الأخيرة هى الأيسر والتى يجرى عليها العمل فى المحاكم.

وفرض القاضى نفقة الطعام للزوجة هو مايسمى بطريقة التمليك.

وسنتناول ذلك تفصيلا فى بند(١١٦).

---

(١) وفى هذا يقول صاحب البحر الرائق – جـ ٤ – ص ١٧٤ : «فالتمكين متعين فيما اذا كان له طعام كثير وهو صاحب مائدة فتمكن المرأة من تناول مقدار كفايتها فليس لها أن تطالبه فرض النفقة وان لم يكن بهذه الصفة، فان رضيت أن تأكل معه فبها ونعمت وان خاصمته فى فرض النفقة يفرض لها بالمعروف وهو التمليك كذا فى غاية البيان وظاهر ما فى الذخيرة أن المراد بصاحب الطعام الكثير ان ينفق على من تجب عليه نفقته فحينئذ فهى متعنته فى طلب فرض الفرض لأنه اذا كان ينفق على من لا تجب عليه نفقته فلا يمتنع من الانفاق على من عليه نفقته الا اذا ظهر للقاضى أنه يضربها ولا ينفق عليها فحينئذ يفرض لها النفقة».

ولكن ابن عابدين يذهب فى حاشيته – ص ٥٨١ أن : «المراد بصاحب المائدة من يمكنها تناول كفايتها من طعامه سواء كان ينفق على من لاتجب عليه نفقته أو لا».

٩٧- (٢) الكسوة :

يجب على الزوج كسوة زوجته بما يتفق وحالته المالية والاجتماعية.

والكسوة عبارة عن كسوة فى الصيف وكسوة فى الشتاء أى كسوة كل ستة أشهر.

وقد وضع الفقهاء تحديدا لهذه الكسوة، وهذا كان يتمشى مع زمانهم[١] ، لأن تحديد الكسوة مما يختلف باختلاف الأمكنة والأزمنة، ولذلك نص الفقهاء على أن يراعى فى تحديد الكسوة وتقديرها الكفاية بالمعروف فى كل وقت ومكان[٢] .

ويلزم الزوج باحضار كسوة أخرى لزوجته اذا بليت كسوتها بالاستعمال العادى قبل مضى ستة أشهر، أما اذا بليت نتيجة استعمال غير عادى فانه لايكون ملزما بكسوة أخرى، فا أحضرها كان متبرعا.

واذ لم يحضر الزوج كسوة الزوجة عينا كان لها أن تطلب من القاضى فرض بدل كسوة لها وللقاضى فرض الكسوة لها كل ستة أشهر، أو فرض مبلغ شهرى نظير الكسوة وهذا ما جرى عليه العمل بالمحاكم.

---

(١) فقد جاء بالبحر الرائق جـ٤ ص ١٧٧ ما يأتى:
«وأما الكسوة فقال فى الظهيرية قدر محمد الكسوة بدرعين وخمارين وملحفة فى كل سنة واختلفوا فى تفسير الملحفة قال بعضهم الملاءة التى تلبسها المرأة عند الخروج وقال بعضهم هى غطاء الليل وذكر درعين وخمارين أراد بهما صيفيا وشتويا ولم يذكر السراويل فى الصيف ولابد منه فى الشتاء وهذا فى عرفهم أما فى عرفنا فتجب السراويل وثياب أخر كالجبة والفراش التى تنام عليه واللحاف وما تدفع به أذى الحر والبرد فى الشتاء درع خزوجية قزو خمار ابرسيم ولم يذكر الخف والمكعب فى النفقة لأن ذلك يحتاج للخروج وليس للزوج تهيئة أسباب الخروج».

(٢) حاشية ابن عابدين - جـ ٣ - ص ٥٨٠.

ويعجل بدل الكسوة، فاذا فرض لمدة سنة أشهر يكون الفرض منذ بداية المدة لا فى نهايتها.

٩٨- (٣) المسكن :

اذا كانت النفقة لاتجب على الزوج الا اذا دخلت الزوجة فى طاعته حقيقة أو حكما بأن تكون على استعداد لذلك عند دعوتها لطاعته، فانه من الضرورى أن يعد الزوج لها مسكنا لائقا بما يتناسب وحالته المالية والاجتماعية. فاذا امتنع عن اعداد المسكن أو أعد مسكنا غير لائق كان للزوجة أن تطلب من القاضى الزامه بأعداد المسكن اللائق أو فرض مبلغ من المال شهريا بدل المسكن.

ويجب أن يتوافر فى المسكن الذى يعده الزوج الشروط الشرعية التى نص عليها المذهب الحنفى. وهى شروط متعددة، ونحيل فى دراستها إلى الموضوع رقم (٢٣) الخاص بطاعة الزوجة.

واذا طلبت الزوجة أجر مسكن فلا يجوز القضاء لها بتهيئة مسكن ولايمنع من القضاء بأجر مسكن للزوجة كونها مالكة لمسكن.

٩٩ - (٤) مصاريف العلاج :

نصت الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ (المستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥) على أن: «وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك بما يقضى به الشرع».

وعلى ذلك، تدخل مصاريف العلاج فى أنواع النفقة الواجبة للزوجة على زوجها.

وقد وردت عبارة «مصاريف العلاج» بالنص عامة، فلا يجوز تخصيصها بغير مخصص.

فمن ناحية : تشمل نفقات علاج كافة الأمراض التى تعترى الزوجة، سواء كانت بدنية أو نفسية أو عقلية، وسواء كان المرض طارئا أو مزمنا. وتعتبر الاصابة مرضا يلتزم الزوج نفقات علاجها، ولو كانت وليدة خطأ الزوجة.

ومن ناحية أخرى : تشمل نفقات العلاج كافة أنواع العلاج وثمن الأدوية ونفقات العمليات الجراحية والاقامة بالمستشفيات وكشوف الأطباء، والفحوص والأشعات والتحليلات وما شابه ذلك لأنها من وسائل العلاج متى رأى الطبيب ضرورتها.

ويدخل فى الأمراض التى يلتزم الزوج مصاريف علاجها، النفاس، لأن النفاس لايعدو أن يكون مرضا، وتشمل مصاريف علاجه ما يقرره الطبيب للزوجة من غذاء يجاوز الغذاء العادى الذى يلزم به الزوج.

انما لا يدخل فى مصاريف العلاج التى يلزم بها الزوج، ثمن الأجهزة التعويضية كالأطراف الصناعية أو النظارات الطبية أو أطقم الأسنان.

وكذلك لايندرج فيها مصاريف عمليات التجميل لأنه لايقصد منها علاج علة بالزوجة. ،

ومصاريف العلاج تكون بحسب حال الزوج المالية والاجتماعية، كالشأن فى أنواع النفقة الأخرى - كما سنرى - ولو كانت الزوجة موسرة.

والزام الزوج مصاريف العلاج - على ما أفصحت عنه المذكرة الايضاحية للقانون - هو ما ذهب إليه مذهب الزيدية وتقتضيه نصوص فقه الامام مالك من أن ثمن الأدوية وأجرة الطبيب من نفقة الزوجة وعدل المشرع بذلك عن مذهب الحنفية فى هذا الموضوع.

فمذهب الحنفية - الذى كان معمولا به من قبل - لا يلزم الزوج بمداواة زوجته، فلا تجب عليه أجرة الطبيب أو ثمن الدواء، وانما يكون ذلك

من مالها ان كان لها مال، فان لم يكن لها مال فعلى من تجب عليه نفقتها لو كانت غير متزوجة[١].

١٠٠ - من يلزم بنفقات الولادة ؟

نصت المادة ٣/١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ (المستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥) - كما رأينا - على أن نفقة الزوجة تشمل مصاريف العلاج. ومصاريف العلاج - كما أوضحنا - هى المصاريف اللازمة لعلاج مرض بالزوجة، والولادة لاتعتبر مرضا، وقد فرق الفقهاء بينها وبين النفاس[٢].

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص ٥٨٠ - فتوى دار الافتاء المصرية بتاريخ ١٩٥٨/٤/٣ فى الطلب رقم ٨٦٧ لسنة ١٩٥٨ وقد جاء بها أن: «عن مصاريف علاج الزوجة لاتجب على الزوج فقد جاء في رد المحتار (كما لايلزمه مداواتها أى اتيانه لها بدواء المرض ولا أجر الطبيب ولا الفصد ولا الحجامة هندية عن السراج أ.هـ وهذا هو المعروف فى مذاهب الأئمة الثلاثة أيضا، الا أن صاحب منح الجليل نقل عن ابن عبد الحكم من فقهاء المالكية (أن على الزوج أجرة الطبيب والمداواة) وهو رأى وجيه نرى الأخذ والافتاء به - فيجب على الزوج مصاريف علاج زوجته من ماله الخاص ولو غنية». «أيضا الفتاوى الصادرة فى ١٩٥٧/٩/٨ الطلب رقم ١٩٨٢ - ٢ جمادى الأولى سنة ١٣٣٣ هـ - وقد اقتصرت الفتوى الأخيرة على بيان الرأى فى المذهب الحنفى».

(٢) النفاس لغة : ولادة المرأة، وشرعا دم يخرج من الرحم عقيب الولادة أو خروج أكثر الولد ولو كان المولود سقطا، فلو شق بطن المرأة وخرج منها الولد دون أن يخرج دم من فرجها فلا تكون نفساء. والدم الذى يخرج من الحامل أو قبل خروج الولد هو استحاضة.

ولا حد لأقل النفاس فيتحقق بلحظة، فاذا ولدت وانقطع دمها عقب الولادة، أو ولدت بلا دم وانقضى نفاسها لزمها ما يلزم الطاهرات أما أكثره فأربعون يوما.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«النفاس فى عرف الشارع الاسلامى يطلق على الدم الخارج من الرحم عقب الولادة وهو شهادة على حصولها وليس هناك من حد لأقله، وان كان أقصى

وعلى ذلك لا تندرج مصاريف الولادة ضمن مصاريف العلاج التى نصت عليها الفقرة المذكورة ويلزم بها الزوج.

واذ خلا القانون من نص على الملزم بمصاريف ولادة الزوجة فانه يتعين الرجوع فى ذلك إلى الرأى الراجح فى المذهب الحنفى عملا بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية.

وفقهاء هذا المذهب قد نصوا على أن أجر القابلة على من استأجرها، فان استأجرها الزوج فعليه وان استأجرتها الزوجة فعليها.

أما اذا جاءت القابلة دون استئجار فقال البعض أن أجرتها على الزوج لأنها مؤنة الجماع، وقال البعض أن أجرتها على الزوجة كأجرة الطبيب[١].

وقد رجح العلامة ابن عابدين الرأى الأول لأن نفع القابلة معظمه يعود إلى الولد فيكون على أبيه[٢].

والشأن فى الطبيب المستحضر عند الولادة أن يستقبل الولد ويقوم بجميع ما تقوم به القابلة بل أكثر منه فيكون حكمه حكمها، ويلحق بأجر القابلة أو الطبيب ثمن الأدوية والمستحضرات الطبية اللازمة للزوجة فى الولادة، لأنها أثر من آثارها.

قد افتت دار الافتاء المصرية بالرأى السابق فى فتوى صادرة لها - قبل العمل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ - بتاريخ ١٩٢٢/٦/٨ جاء بها:

«قال فى رد المحتار نقلا عن الجوهرة بصحيفة ١٠٠٣ من الجزء الثانى

مدة له أربعون يوما فاذا طلقت المرأة بعد الولادة وأقرت بأنها نفست ثم طهرت فانها تصدق بقولها وتعتبر صالحة للمعاشرة الزوجية، والقول بعدم امكان حمل المرأة فى مدة النفاس لم يذهب إليه أحد من علماء الشريعة وفقهائها».

(طعن رقم ٣٠ لسنة ٤٦ق أحوال شخصية جلسة ١٩٧٨/٣/١)

(١) شرح فتح القدير جـ٤ ص ٣٨٧ وما بعدها - البحر الرائق جـ٤ ص ١٧٧.

(٢) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص ٥٨٠.

مانصه «ويجب عليه ما تنظف به وتزيل الوسخ كالمشط والدهن والسدر والخطمي والأسنان والصابون على عادة أهل البلد أما الخضاب والكحل فلا يلزمه بل هو على اختياره، وأما الطبيب فيجب عليه ما يقطع به السهوكة لاغير وعليه ما تقطع به الصنان لا الدواء للمرض ولأجرة الطبيب» أهـ. وفى شرح الدر نقلا عن البحر مانصه «أجرة القابلة على من استأجرها من زوجة وزوج، ولو جاءت بلا استئجار قيل عليه وقيل عليها» أهـ. والذى استظهره العلامة ابن عابدين أنه على الزوج لأن نفع القابلة معظمه يعود إلى الولد فيكون على أبيه والشأن فى الطبيب المستحضر عند الولادة أن يستقبل الولد ويقوم بجميع ما تقوم به القابلة بل أكثر منه فيكون حكمه حكمها. وهذا ما ظهر لى والله أعلم»(١).

وعندنا أن أجر القابلة أو طبيب الولادة ونفقات الولادة الأخرى، وان كانت لاتدخل فى مصاريف العلاج التى يلزم بهاالزوج - كما أوضحنا سلفا - إلا أنها لازمة للزوجة تماما كمصاريف العلاج، وحسن العشرة والمودة والرحمة التى جعلها الله تعالى رباطا للزوجين، توجب أن يكون الزوج هو الملزم بهذه النفقات فى كافة الأحوال، خاصة وأن معظمها يعود على الولد وهو جزء منه وملزم بنفقته، ولذلك نهيب بالشارع أن يتدخل بالنص على الزام الزوج بنفقات الولادة من أجر قابلة أو طبيب أو ثمن أدوية أو أجر مستشفيات وغير ذلك، لا سيما وأن هناك رأيا فى المذهب المالكى يقول بذلك(٢).

---

(١) قارن الدكتور عبد الناصر العطار فى مؤلفه الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ص ٣٨ وما بعدها - اذ يذهب إلى أن مقتضى الزام الزوج بمصاريف علاج الزوجة، الزامه أيضاً بأجر الطبيب المولد أو القابلة ومصروفات الولادة خصوصا وأن هناك رأيا فى الفقه الاسلامى يجعل مصروفات الولادة من نفقة المولود، ونفقة المولود على والده شرعا.

(٢) فقد جاء بحاشية الدسوقى جـ٢ ص ٥١٠ أن: «المشهور فى المذهب المالكى أن أجرة القابلة لازمة للزوج ولو كانت مطلقة بائنا لأن المرأة لاتستغنى عن ذلك كالنفقة وقيل أن أجرة القابلة عليها». =

١٠١ - (٥) بدل الفرش والغطاء :

رأينا فيما سلف أن الأصل التزام الزوج باعداد مسكن الزوجية من أثاث وأدوات ومفروشات وأغطية، وسواء كان الزوج هو الذى أعد مسكن الزوجية بهذه المنقولات أو كانت الزوجة هى التى أحضرتها معها، فان هذه المفروشات والأغطية مما يبلى بالاستعمال، ويلزم تجديدها بدوام الاستعمال.

فيجب على الزوج احضار مفروشات وأغطية جديدة عندما تبلى المفروشات والأغطية التى يجرى بها الاستعمال.

وينبغى أن يكون للمرأة فراش على حدة، فلا يكتفى بفراش واحد لهما، لانها قد تنفرد فى الحيض والمرض[١].

فاذا امتنع الزوج عن احضار الفرش والغطاء للزوجة بعد أن بلى ما استعمل منه، كان لها أن تطلب من القاضى فرض بدل فرش وغطاء لها. ولما كان من شأن ذلك ارهاق الزوجات بالالتجاء إلى القضاء كل فترة من

= وقد افتت دار الافتاء المصرية بان :

«... المنصوص عليه شرعا كما جاء فى الدر نقلا عن البحر أن أجرة القابلة على من استأجرها من زوجة أو زوج، ولو جاءت بلا استئجار قيل عليه، وقيل عليها، ورجع ابن عابدين فى حاشيته رد المحتار الأول بقوله: والذى يظهر لى ترجيح الأول، لأن نفع القابلة معظمه يعود إلى الولد فيكون على أبيه - ويخلص من ذلك أن أجرة القابلة تكون على الأب اذا استأجرها أو جاءت بدون استئجار، وتكون على الزوجة اذا استأجرتها هى.

والذى نفتى به أن أجرة القابلة تجب على الزوج سواء استحضرها هو أو استحضرتها الزوجة أو جاءت من تلقاء نفسها، لأنها كأجر الطبيب تجب عليه أخذا بقول ابن الحكم (من المالكية) - الذى رجحنا العمل به سابقا فى صدر هذه الفتوى. والله سبحانه وتعالى أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ ١٩٥٨/٤/٣ - الطلب رقم ٨٦٧ لسنة ١٩٥٨).

(١) البحر الرائق جـ٤ ص ١٧٥ - وقد جاء فى الأثر: «فراش لك وفراش لأهلك وفراش للضيف وفراش للشيطان».

الزمن للمطالبة ببدل الفرش والغطاء، فقد جرى القضاء على فرض مبلغ يسير شهريا بدل فرش وغطاء يضاف إلى نفقة الزوجة.

(بركة السبع الجزئية فى ١٩٨٧/١١/١٠ - الدعوى رقم ١٤١ لسنة ١٩٨٥)

١٠٢ - (٦) أجرة الخادم:

اذا كان الزوج معسرا فانه لايلزم باحضار خادم لزوجته[١]، لأن المعسر تجب عليه نفقة الضرورة والخادم ليس ضروريا، والزامه بالخادم فوق طاقته، وعلى المرأة أن تخدم نفسها، غير أنها اذا مرضت كان على الزوج اخدامها[٢].

---

(١) بدائع الصنائع جـ٤ ص ٢٤.

(٢) حاشية الرملى على البحر الرائق جـ٤ ص ١٧٢ - وقد جاء بشرح فتح القدير جـ٤ ص ٣٣٨ وما بعدها: «يوافقه ما قيد به الفقيه أبو الليث كلام الخصاف حيث قال فى أدب القاضي: فرض ما تحتاج إليه من الدقيق والدهن واللحم والادام فقالت لا أخبز ولا أعجن ولا أعالج شيئا من ذلك لاتجبر عليه، وعلى الزوج أن يأتى بما يكفيها عمل ذلك، وقال الفقيه: هذا اذا كان بها علة لاتقدر على الطبخ والخبز أو كانت مما لاتباشر ذلك بنفسها فان كانت مما تخدم نفسها وتقدر على ذلك لايجب عليه أن يأتيها بمن يفعله وفى بعض المواضع تجبر على ذلك قال السرخسى لاتجبر، ولكن اذا لم تطبخ لا يعطيها الادام وهو الصحيح. وقال: ان هذه الأعمال واجبة عليها ديانة، ولا يجبرها القاضى».

وجاء ببدائع الصنائع جـ٤ ص ٢٤ : «ولو جاء الزوج بطعام يحتاج إلى الطبخ والخبز فأبت المرأة الطبخ والخبز يعنى بأن تطبخ وتخبز لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم الأعمال بين على وفاطمة رضى الله عنهما فجعل أعمال الخارج على علي وأعمال الداخل على فاطمة رضى الله عنهما ولكنها لاتجبر على ذلك ان أبت ويؤمر الزوج أن يأتى لها بطعام مهيأ ولو استأجرها للطبخ والخبز لم يجز لها أخذ الأجرة على ذلك لأنها لو أخذت الأجرة لأخذتها على عمل واجب عليها فى الفتوى فكان فى معنى الرشوة فلا يحل لها الأخذ وذكر الفقيه أبو الليث هذا اذا كان بها علة لاتقدر على الطبخ والخبز أو كانت من بنات الأشراف فأما اذا كانت تقدر عل دلك وهى ممن تخدم نفسها تجبر على ذلك».

أما اذا كان الزوج موسرا، وكانت زوجته ممن يخدمن فى بيت أهلها، أى درج أهلها على استئجار الخدم، فانه يجب على الزوج احضار خادم لها لأن كفايتها واجبة عليه والخادم من تمام كفايتها.

وترتيبا على ذلك، قضت محكمة قسم أول بندر طنطا للأحوال الشخصية بتاريخ ١٢ يناير سنة ١٩٨٨ فى الدعوى رقم ١٩٨٦/٩٤ برفض طلب الزوجة فرض أجر خادم، لأنها لم تقدم دليلا على انها ممن يخدمن.

واذا كانت الزوجة تحتاج إلى أكثر من خادم، فقد اختلف الحنفية فى ذلك.

فذهب أبو يوسف إلى أنه يجب على الزوج خادمين أو أكثر اذا كان قادرا واقتضت حاجة الزوجة ذلك.

ورأى أبى يوسف هو المفتى به فى المذهب[١].

وهذا الخلاف فيما اذا لم يكن للزوجة أولاد، فان كان لها أولاد لايكفيهم خادم واحد فانه يجب على الزوج أكثر من خادم اتفاقا.

وتقدير ما اذا كانت الزوجة يجب لها خادم من عدمه، أو يجب لها أكثر من خادم، مما يدخل فى السلطة التقديرية لقاضى الموضوع[٢].

---

(١) فقد جاء فى الفتاوى الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية جـ١ ص ٧٥ وما بعدها: «قال فى البحر وقيد بالخادم لأنه لا يلزمه نفقة أكثر من خادم واحد لها وهذا عندهما وقال أبو يوسف يفرض لخادمين ثم قال. فالحاصل أن المذهب الاقتصار على واحد مطلقا والمأخوذ عند المشايخ قول أبى يوسف وفى فتح القدير والذخيرة لو كان له أولاد لا يكفيهم خادم واحد فرض عليه لخادمين أو أكثر مقدار ما يكفيهم اتفاقا».

(٢) **آراء المذاهب الأخرى فى وجوب الخادم:**

يذهب الشافعية إلى وجوب الخادم على الزوج، اذا كانت الزوجة مما لايخدم نفسها ولو كان معسرا والا فلا يجب عليه الا اذا كانت مريضة أو هرمة وان لم تكن مما يخدم عادة.

=

واذا وجب للزوجة خادم أو أكثر وامتنع الزوج عن احضارهم، ألزمته المحكمة بأجرهم، وجرى القضاء على فرض أجر الخادم شهريا كالشأن فى الغذاء والكسوة والمسكن وبدل الفرش والغطاء.

وذهب الفقهاء إلى أن الزوج يلزم بنفقة الخادم أى غذائه وكسوته ويلزمه من ذلك أدنى الكفاية بأرخص ما يكون وقد شبهها البعض بما يلزم المعسر من نفقة زوجته(١).

غير أن العرف الجارى بين الناس أن الخادم لا يعد له طعام برأسه وانما هو يأكل بقايا طعام من هو فى خدمته ويلبس قديم ثيابه، ويسكن تبعا له، ومن ثم لا يفرض للخادم نفقة على الزوج، لأن العرف له اعتباره فيما لم يرد فيه نص صريح فى الكتاب أو السنة ولو عارض نصا مذهبيا منقولا عن صاحب المذهب(٢).

١٠٣ - (٧) استئجار مؤنسة للزوجة :

اذا كانت الزوجة تستوحش من المسكن الذى أسكنها فيه زوجها بأن كان كبيرا كالدار الخالية من السكان المرتفعة الجدران، أو كان الزوج يخرج ليلا من البيت عند ضرتها أو فى عمل له فى الخارج، ولم يكن لها ولد أو خادمة

= وعند المالكية يفرض لها خادم أو أكث اذا كانت لاتخدم نفسها أو كان الزوج ذا جاه وقدر بحيث لايصح لامرأته أن تخدم نفسها، وكان يستطيع ذلك، فان لم يستطع وجب عليه خدمة المنزل وعليه أن يساعدها بنفسه فى أوقات فراغه من عمله.

وعند الحنابلة يجب الخادم على الزوج اذا كانت ممن لايخدم نفسها ويلزمه نفقة الخادم بحسب ما يليق بالخدم.

(الدكتور محمد مصطفى شلبى فى أحكام الأسرة فى الاسلام ص ٤٥٧ هامش (١)).

(١) البحر الرائق جـ٤ص١٨٢.

(٢) نقض ١٩٧٣/٢/١٤ طعن رقم ٧ لسنة ٣٩ق أحوال شخصية - وراجع مصر الشرعية بتاريخ ١٩٣٢/١/٢٠ فى الدعوى ١٩٣١/٤٤٦.

تستأنس بهما أو لم يكن عندها من يدافع عنها اذا خشيت من اللصوص أو ذوى الفساد، كان ذلك من المضارة المنهى عنها لا سيما اذا كانت صغيرة السن، وعلى الزوج أن يأتيها بمؤنسة أو ينقلها إلى حيث لاتستوحش[(١)].

١٠٤ - كماليات لا يلزم بها الزوج :

يعتبر من الكماليات التى لايلزم بها الزوج، ما تتناوله الزوجة من مشروبات ساخنة كالقهوة أو الشاى أو باردة كالمياه الغازية، أو من التبغ، وان تضررت من عدم تناول هذه الأشياء لانها تعتبر من قبيل التفكه الذى لا يلزم به الزوج، أما اذا تعينت هذه الأشياء أو بعضها دواء لها كان الزوج ملزما بها من أصل التزامه بثمن الدواء طبقا لأحكام القانون.

كذلك لايلزم الزوج بما تستعمله الزوجة من مساحيق أو عطور الا ما كان لازما لازالة رائحة العرق أسفل الابطين أو الصنان[(٢)].

١٠٥ - (٨) تكفين وتجهيز الزوجة عند وفاتها :

المقرر شرعا أن كفن الميت وتجهيزه فى ماله ان كان له مال، ونفقات الكفن والتجهيز مقدمة على ديونه ووصيته وميراثه[(٣)]، لأن هذا من أصول حوائج الميت فصار كنفقته فى حال حياته. وهذا ما نصت عليه المادة الرابعة من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣[(٤)].

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص ٦٠٢ - م (١٨٧) من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية - محمد قدرى باشا.
(٢) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص ٥٨٠.
(٣) بدائع الصنائع جـ١ ص ٣٠٨ وما بعدها.
(٤) نصت المادة المذكورة على أن: «يؤدى من التركة بحسب الترتيب الآتى:
(أولاً) مايكفى لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن.
(ثانياً) ديون الميت.
(ثالثاً) ما أوصى به فى الحد الذى تنفذ فيه الوصية.
ويوزع ما بقى بعد ذلك على الورثة، فاذا لم توجد ورثة قضى من التركة بالترتيب الآتى:
=

وان ولم يكن له مال فكفنه وتجهيزه على من تجب عليه نفقته كما تلزمه كسوته فى حال حياته.

ويستثنى من هذا الأصل تكفين الزوجة وتجهيزها فهو واجب على الزوج، فذا كانت نفقتها قبل الوفاة واجبة عليه التزم بدفنها وتجهيزها عند الوفاة، فاذا كانت الزوجة قبل الوفاة ناشزا، فانه لا يلتزم بتجهيزها عند الوفاة، أما اذا جهزها أبوها، فانه يكون متبرعا ولايجوز له الرجوع على الزوج، الا اذا كان الزوج قد أذنه أو أمر من قبل القاضى بالصرف على أن يرجع على الزوج.

وهذا الرأى، هو رأى أبى حنيفة وأبى يوسف والمفتى به فى المذهب[١] .

والواجب على الزوج هو التكفين والتجهيز الشرعيين من كفن السنة أو الكفاية[٢] وطيب وأجرة غسل وحمل ودفن دون ما ابتدع من استئجار قراء واقامة سرادقات وتقديم الطعام للمعزين[٣] واقامة أخمسة وأربعين وغير ذلك[٤] .

وفى هذا أفتت دار الافتاء المصرية بتاريخ ١٩٥٧/٩/٨ فى الطلب رقم ١٩٨٢ لسنة ١٩٥٧ بأن :

« ... أما بالنسبة لمصاريف تجهيزها ودفنها فانه بناء على قول أبى يوسف

= (أولاً) أستحقق من أقر له الميت بنسب على غيره.

(ثانياً) ما أوصى به فيما زاد على الحد الذى تنفذ فيه الوصية. فاذ لم يوجد أحد من هؤلاء آلت التركة أو مابقى منها إلى الخزانة العامة.

(١) أما محمد فيذهب إلى أنه لايجب على الزوج تكفين وتجهيز زوجته لانقطاع الزوجية بينهما بالموت، بل يجب ذلك من مالها فان لم يكن لها مال فعلى من تجب عليه نفقتها.

(٢) كفن السنة للمرأة خمسة أثواب، وكفن الكفاية ثلاثة أثواب.

(٣) حاشية ابن عابدين جـ٢ ص ٢٠٦ .

(٤) فتوى دار الافتاء المصرية فى ١٩٢٠/٢/٢٣ .

المفتى به يكون ما يكفى لتجهيزها حتى توارى فى قبرها من نفقات غسلها وكفنها وحملها ودفنها وكل ما يقتضيه تجهيزها حسب المعروف بغير اسراف ولا تقتير، يكون ذلك كله على زوجها، يؤديه من ماله ولو كانت غنية لأن نفقة تجهيز من تلزم المرء نفقته واجبة عليه حال حياته واذا مات قبل أن يؤديها بدىء بأدائها من تركته، كما يبدأ بأداء ما يكفى لتجهيز نفسه - وقد أخذ بذلك قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ فى المادة رقم ٤ التى أوجبت اخراج ما يكفى لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن فصار على الزوج نفقة تجهيز زوجته حال حياته وفى ماله بعد وفاته، وبهذا يعلم الجواب عن السؤال. والله تعالى أعلم».

«أيضا الفتاوى الصادرة بتاريخ ٢٨ ربيع الأول سنة ١٣٤٤ هـ - أكتوبر ١٩٢٦، ١١ ربيع الثانى سنة ١٣٣١ هـ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٠، أول يوليو سنة ١٩٢٣ - ٢٧ يناير سنة ١٩٢٤».

(ثانيـا)

الكفـالـة فى النفقـة

١٠٦- جواز الكفالة فى النفقة :

من شروط صحة الكفالة عند الفقهاء اذا كان المكفول به دينـا، أن يكون دينا صحيحا[١]، والدين الصحيح هو الذى لا يسقط الا بالأداء أو الابراء.

ولما كان الأحناف لا يعتبرون دين النفقة صحيحا الا بعد التراضى أو التقاضى والاذن باستدانة النفقة واستدانتها بالفعل، فالقياس عندهم أنه لاتجوز كفالة النفقة الا فى هذه الحالة فقط. ولكنهم استحسنوا جواز الكفالة بها بعد الفرض رضاء أو قضاء، لأنها صارت معلومة وضعفها لا يمنع من كفالتها.

أما أبو يوسـف فقد أجاز الكفـالة بالنفـقة مطلقـا قبل الفـرض وبعده استحسانا تيسيرا على الزوجة فى الحصول على نفقتها، وتصح عنده كفالة النفقـة طوال مدة بقـاء الزوجية، وتمتـد إلى نفـقة العدة لأن بعض أحكام النكاح باقية فى العـدة[٢].

ورأى أبي يوسف هو المفتى به فى المذهب.

وقد افتت دار الافتاء المصرية بتاريخ ٩ صفر سنة ١٣٢٠ بأن :

«المصرح به فى كتب المذهب أنه لو كفل لها رجل بالنفقة أبدا ما دامت الزوجية جاز، بناء على أن صحة الكفالة مستثناة من شرط كون المكفول به

(١) مختصر أحكام المعاملات الشرعية على الخفيف ص ٢١٨.

(٢) فان كفل الكفيل للزوجة نفقة شهرية وقال أبدا، أو ما داما زوجين وقعت الكفالة على الأبد اتفاقا، أما اذا كفل النفقة دون أن يقول أبدا وقعت الكفالة على شهر واحد عند أبى حنيفة، وعلى الأبد عند أبى يوسف المفتى برأيه «حاشية ابن عابدين جـ٣ ص ٥٨».

دينا صحيحا. وقالوا ان ذلك كقوله لا مرأة الغير كفلت لك بالنفقة أبدا فانه تلزمه النفقة أبدا مادامت فى نكاحه. كما فى رد المحتار وغيره. ومن هذا يتبين أن ذلك الأب تلزمه نفقة زوجة ابنه المذكورة مادامت الزوجية فان مثل هذه الكفالة لايراد بها الا التأبيدوالله أعلم».

ولما كان المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ قبل تعديلها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ وبعد تعديلها جعلت نفقة الزوجة دينا فى ذمة الزوج من تاريخ الامتناع عن الانفاق مع وجوبه، ولا تسقط الا بالأداء أو الابراء، أى جعلت منه دينا صحيحة ويسرى ذلك على نفقة العدة بصريح نص المادة الثانية من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، فقد أصبحت كفالة النفقة جائزة أيضا ولو قبل الفرض طبقا للقاعدة التى تشترط فى الدين المكفول أن يكون دينا صحيحا.

١٠٧ - هل يجبر الزوج على تقديم كفيل بالنفقة ؟

اذا كان الزوج حاضرا لا يغيب لايجبر على تقديم كفيل بالنفقة لزوجته، أما اذا كان الزوج غائبا أى مسافرا، وطلبت الزوجة من زوجها احضار كفيل لها بالنفقة، فقد ذهب أبو حنيفة إلى أن الزوج لايجبر على احضار كفيل لها، لأن النفقة لم تجب بعد ولم تصر دينا ولم يعرف امتناع الزوج عنها.

وقال أبو يوسف يجبر على احضار كفيل بالنفقة.

فاذا كانت مدة غيبة الزوج معلومة كفل الكفيل نفقة الزوجة مهما طالت مدة غيبته.

أما اذا كانت غيبة الزوج غير معلومة اقتصرت الكفالة على نفقة شهر، لأن العادة دلت على أن السفر يمتد إلى شهر غالبا لأنه أقل الآجال[١].

---

(١) بدائع الصنائع جـ٣ ص ٥٨٢.

ورأي أبي يوسف هو المفتي به في المـذهب[١].

١٠٨ - انعقـاد الكفـالـة :

(راجـع الكتاب الأول بندى ٢٠٦ ، ٢٠٧).

١٠٩ - أثـر الكفالة :

اذا انعقـدت الكفالة على الوجه الشرعى، كان للزوجة اما مطالبة الزوج والكفيل معا بنفقتها لأن الكفالة شرعا تضامنية، واما مطالبة أحدهما فقط بالنفقـة، ولا يشترط لمطالبـة الكفيل وحده تعذر مطالبـة الأصيل فيطالب الكفيل بمفرده ولو لم ينازع الزوج فى الوفاء[٢].

واعسار الكفيل ليس سبب موجبا لسقوط الكفالة شرعا، ولكنه مانعا من تنفيذ حكم النفقة عليه بالحبس.

وقد افتت دار الافتـاء المصرية بتاريخ ١٩٥٩/٧/١٤ فى الطلب رقم ١٠٧٢ لسنة ١٩٥٩ بأن :

«للزوجة حق مطالبة زوجها ومطالبة كفيله بالنفقـة، كمـا يجـوز لها أن تطالب أحدهما ولا تطالب الآخر، فيجوز لها أن ترفع دعوى نفقة على زوجها وعلى أبيه كفيله فى هذه النفقة، وثبوت يسار الزوج واعسار الكفيل لا يمنع من سماع دعواها والحكم لها على الزوج، فليس اعسار الكفيل سببا موجبا لسقوط الكفالة شرعا. وهذا يعلم الجواب عن السؤال. والله سبحانه وتعالى أعلم».

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص ٥٨٢.

(٢) مختصر المعاملات الشرعية ص ٣١٩.

كما قضت محكمة شبين الكوم الكلية (للولاية على النفس) بتاريخ ١٩٨٦/١٠/٢٥ في الدعوي رقم ١١١ لسنة ١٩٨٦ (مستأنف) بأن :

«وحيث أن الكفالة هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل فى المطالبة وتجوز بالنفس وبالمال وللدائن أن يطالب أيهما شاء وأن الكفيل ملزم بأداء مثل ما وجب للزوجة على زوجها فى النفقة».

ولا يلزم الكفيل فى النفقة بتجهيز وتكفين زوجة مكفوله، لأن ذلك ليس من النفقة المكفول بها.

وفي هذا أفتت دار الافتاء المصرية بتاريخ ١٩٢٥/٥/١٦ بأن :

«لايدخل التجهيز والتكفين والمصاريف التى تلزم لحين دفن الزوجة المتوفاة المذكورة فى كفالة الأب ابنه الزوج فيما يتعلق بحقوق الزوجية من النفقة والكسوة والمسكن لزوجته ولأولادها - وذلك لان التجهيز والتكفين والمصاريف المذكورة ليست من النفقة والكسوة والمسكن والمكفول بها».

١١٠ - البراءة من الكفالة :

يجوز للزوجة أن تبرىء الكفيل من الكفالة فى أى وقت، ويجوز أن يتم الإبراء شفاهة أو كتابة. واذا أبرأت الزوجة الكفيل من الكفالة فلا يجوز لها الرجوع فى ذلك، لأن الابراء اسقاط للكفالة، والساقط لايعود.

(ثالثا)

تاريخ استحقاق النفقة وقيد عدم سماع الدعوى الوارد عليه

١١١ - (أ) تاريخ استحقاق النفقة فى مذاهب الفقه الاسلامى :

ذهب الأئمة الثلاثة : مالك والشافعي وأحمد إلى أن نفقة الزوجة تعتبر دينا فى ذمة الزوج من الوقت الذى امتنع فيه عن الانفاق على زوجته مع وجوبه، سواء كانت مفروضة بالتراضى أو التقاضى، أو غير مفروضة أصلاً، لأنها واجبة على الزوج بايجاب الشرع بسبب قصر الزوجة عليه بحكم عقد الزواج.

ودين النفقة من الديون القوية فلا تسقط الا بالأداء أو الابراء كسائر الديون، فلا تسقط عن مدة ماضية بنشوز الزوجة ولا بالطلاق ولا بموت أحد الزوجين.

أما الأحناف فقد ذهبوا إلى أن النفقة **لاتكون دينا فى ذمة الزوج** من وقت امتناعه عن الانفاق مع وجوبه، وانما تكون دينا فى الذمة من وقت التراضى عليها أو التقاضى بشأنها، وعلى ذلك لو أنفقت الزوجة على نفسها من مالها أو من مال غيرها بالاستدانة بدون تراض أو حكم بها، فلا يحق لها المطالبة بما أنفقت الا اذا كانت المدة التى انقضت أقل من شهر فان للزوجة أن تطالب بنفقتها، وعلة ذلك أنه لابد من اعطاء مهلة للزوجة تتراضى فيها على النفقة أو تقاضى الزوج بشأنها، وقد قدروا هذه المدة بما دون الشهر.

أما اذا تراضى الزوجان على النفقة أو صدر حكم بها، ولم يوجد اذن من

الزوج أو القاضى لها بالاستدانة، ومضت مدة على ذلك فان النفقة تعتبر دينا فى ذمة الزوج، وللزوجة مطالبته بنفقتها عن المـدة المـاضية مهما طالت.

والدين فى هذه الحالة ضعيف يسقط بالأداء والابراء كالدين القوى، كما يسقط بغيرهما كالنشوز العارض والطلاق - على خلاف فى ذلك[١] - وموت أحد الزوجين أو موتهما جميعا.

أما اذا كانت النفقة مفروضة بالتراضى وأذن الزوج بالاستدانة، واستدانت الزوجة بالفعل، فانها تعتبر دينا قويا فى هذه الحالة، لأن استدانتها باذن الزوج تكون نيابة عنه، فيكون الدين فى ذمته ابتداء لمن استدانت منه الزوجة، وكذلك اذا كانت الاستدانة بأمر القاضى، لأن أمره كأمر الزوج، اذ القاضى أقيم لرفع المظالم، فاذا تعينت الاستدانة طريقا لرفع الظلم ولم يأمر الزوج بها، أمر القاضى بالنيابة عنه فيكون أمره كأمر الزوج فيستقر الدين فى ذمته ابتداء.

ولا يسقط الدين أيضا الا بالاداء أو الابراء.

وعلى ذلك إذا استدانت الزوجة ومضى على الاستدانة مدة كان لها المطالبة بنفقة هذه المـدة[٢].

---

(١) انقسم الرأى فى هذه المسألة إلى آراء ثلاثة فى المذهب:

الرأى الأول : أن متجمد النفقة يسقط بالطلاق مطلقا بائنا أو رجعيا، لأن الطلاق كالموت ولأن النفقة صلة، والصلة قد انقطعت.

الرأى الثانى : أن متجمد النفقة يسقط بالطلاق مطلقا بائنا أو رجعيا، لأن النفقة تجب للزوجة فى العدة، فأولى ألا يسقط الثابت لها من قبل، وحتى لايتخذ الأزواج الطلاق وسيلة لاسقاط النفقة المتجمدة.

الرأى الثالث : أن متجمد النفقة لايسقط بالطلاق مطقا بائنا أو رجعيا، الا اذا كان الطلاق من جهة الزوجة كسوء خلقها فهو مسقط لما تجمد لها من النفقة.

(٢) الدكتور محمد مصطفى شلبى فى أحكام الأسرة فى الاسلام ص ٤٦٨.

وأساس الخلاف بين الأئمة الثلاثة والحنفية، أن الأئمة الثلاثة يرون أن النفقة وجبت جزاء الاحتباس فهي عوض عنه فكانت دينا كسائر الديون شأنها في هذا شأن كل عوض فلا تسقط الا بالأداء أو الابراء.

أما الأحناف فيرون أن النفقة لها شبهان: شبه بالعوض وشبه بالصلة، فليست عوضا خالصا فهي تشبه العوض لأنها وجبت نظير احتباس الزوجة لمصلحة الزوج وتشبه الصلة لأن منافع الاحتباس لاتعود على الزوج وحده، فمنها اعفاف كل منهما الآخر وتحصينه من المفاسد وتحصيل الولد.

ومراعاة للشبهين قالوا : أنها تأخذ حكما وسطا بينهما أي أنها لاتعتبر دينا في حالة، وتعتبر دينا ضعيفا في حالة ثانية، ودينا قويا في حالة ثالثة[1] .

١١٢ - (ب) في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ (المعدل):

نصت المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ - عند صدوره - على أن: «تعتبر نفقة الزوجة التي سلمت نفسها لزوجها ولو حكما دينا في ذمته من وقت امتناع الزوج عن الانفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض بينهما ولا يسقط دينها الا بالأداء أو الابراء» - كما نصت المادة

(١) وقد استند الأئمة الثلاثة في أن النفقة عوض إلى أن الشارع أمر بها على سبيل الالزام فقد قال الله تعالى: «لينفق ذو سعة من سعته»، وقال: «وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف»، ولو كانت النفقة صلة أو شبه صلة ما ألزم بها الزوج وما حبس عند مطله دفعها وأنها وجبت عوضا عن احتباس الزوجة ومتعة الزوج وقيامها على شئون البيت. أما الأحناف فقد استندوا في أن النفقة لها شبهان: شبه بالعوض وشبه بالصلة، إلى تفسيرهم لقوله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ فقد قالوا أن الرزق اسم للصلة، والنفقة لو كانت عوضا فاما أن تكون عوضا عن نفس المتعة وهي الاستمتاع وأما أن تكون عوضا عن ملك المتعة وهي الاختصاص بها، ولا سبيل إلى الأول لأن الزوج ملك متعتها بالعقد فكان هو بالاستمتاع متصرفا في ملك نفسه باستيفاء منافع مملوكة له ومن تصرف في ملك فسه لايلزمه عوض لغيره ولا وجه للثاني لأن ملك المتعة قد قوبل بعوض مرة فلا يقابل بعوض آخر فخلت النفقة عن معوض «بدائع الصنائع ج٤ ص ٢٦».

السابقة فى فقرتها السادسة بعد تعديلها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أن: «وتعتبر نفقة الزوجة دينا على الزوج من تاريخ امتناعه عن الانفاق مع وجوبه ولا تسقط الا بالأداء أو الابراء»[١].

وعلى ذلك يكون القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ قد أخذ برأى الأئمة الثلاثة (مالك والشافعى وأحمد) فى أن النفقة تعتبر دينا فى ذمة الزوج من تاريخ الامتناع عن الانفاق مع وجوبه دون توقف على رضاء أو قضاء، وجعل منها دينا قويا لايسقط الا بالأداء أو الابراء، ويكون بذلك قد خالف المذهب الحنفى الذى كان معمولا به من قبل.

ويترتب على النص المذكور ما يأتى:

١ - أن دين النفقة لايسقط ولو لم يتم الاتفاق على النفقة بين الزوجين أو يصدر بها حكم، ويجوز للزوجة أن تطالب بنفقة تزيد على شهر سابق على تاريخ رفع الدعوى، سواء كانت المدة طويلة أوقصيرة مع مراعاة القيد الذى سيرد فى بندى (١١٤، ١١٥).

٢ - أن دين النفقة لايسقط بموت أحد الزوجين ولا بالطلاق، فاذا مات الزوج كان للزوجة الحصول على متجمد نفقتها من تركته، واذا ماتت الزوجة، كان متجمد نفقتها تركة عنها تورث، كما أن للمطلقة الحق فيما تجمد لها من النفقة حال قيام الزوجية، ما لم يكن زوجها قد خالعها على هذا المتجمد، فان المتجمد يكون عوضا عن الطلاق.

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ ١٩٢٥/١٢/٢٨ بأن:

«اطلعنا على خطابى المحافظة رقم ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٥ نمرة ٢٤٠٤ ورقم ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٥ نمرة ٢٧٠٤ المطلوب بهما الافادة عمن

---

(١) وقد ورد هذا النص حرفيا عند استبدال المادة بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ الذى قضى بعدم دستوريته.

تصرف إليه نفقة الزوجية المستحقة للحرمة سيدة عبد الحليم اسماعيل عن شهور مايو ويونيو ويوليو وأغسطس سة ١٩٢٥ التى توفيت بتاريخ ٢٤ يوليو سنة ١٩٢٥ هل لورثتها أم للمخصوم منه النفقة - ونفيد أن النفقة الواجبة للزوجة المذكورة لغاية تاريخ وفاتها ٢٤ يوليو سنة ١٩٢٥ هى حق لهـا فيرد لورثتها ويسلم اليهم حسب أنصبائهم الشرعية عملا بالمـادة (١) من القانون نمرة ٢٥ سنة ١٩٢٠ من أن النفقة الواجبة للزوجة لا تسقط الا بالأداء أو الابراء وهو الذى عليه عمل المحاكم اليوم، أما المدة من ٢٤ يوليو سنة ١٩٢٥ وما بعده فلا تستحق الزوجة فيها نفقة لوفاتها فيرد مبلغ هذه المـدة للمخصوم منه والأوراق عائدة طيه كما ورد وتفضلوا بقبول فائق الاحترام».

٣ - أن النشوز الطارىء لا يسقط متجمد النفقة وانما يمنع النشوز من وجوب النفقة فى مدة النشوز فقط.

ويسرى الحكم الوارد بالمـادة الأولى سالفة الذكر على المطلقة التى تستحق النفقة، وذلك عملا بصريح نص المـادة الثانية من القانون التى تجرى على أن: «المطلقة التى تستحق النفقة تعتبر دينا كما فى المـادة السابقة من تاريخ الطلاق»، فضلا عن أن نفقة العدة فى المذهب الحنفى تأخذ حكم النفقة الزوجية.

١١٣- وجوب النفقة للزوجة غير المدخول بها من تاريخ العقد الصحيح:

نصت الفقرة الأولى من المـادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ (مستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥) على أن:

«تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح اذا سلمت نفسها إليه ولو حكما...الخ».

فالنفقة تجب للزوجة من تاريخ العقد الصحيح، لأن النفقة لاتجب بالعقد الباطل أو الفاسد.

وتجب النفقة سواء سلم الزوجة نفسها للزوج بأن زفت إليه، أو لم تسلم نفسها، ولكنها مستعدة لتسليم نفسها إليه عند طلبه، ولكن زوجها هو الذى لم يطلبها للدخول فى طاعته بمسكن الزوجية لسبب يرجع إليه، كالبحث عن مسكن أو الانشغال فى اعداده، وهذا مايسمى بالتسليم الحكمى.

ومعنى ذلك أن عدم دخول الزوج بزوجته ليس مانعا من فرض نفقتها. فيجوز للمعقود عليها مطالبة زوجها بالنفقة ولو لم تزف إليه، طالما أنها مستعدة لذلك عند دعوتها، ويقضى لها بالنفقة من تاريخ العقد.

وهذا الحكم كان منصوصا عليه بالمادة عند صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠، وعند استبدالها بالقرار بالقاون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المقضى بعدم دستوريته، كما أنه يتفق مع الفقه الحنفى.

وقد جرى العرف على أن الزوج لاينفق على زوجته النفقة الواجبة لها شرعا قبل زفافها، فاذا ادعت الزوجة أنها لاتزال بكرا وأنه لم ينفق عليها من تاريخ زواجهما ولم يدفع الزوج دعواها بأى دفع أو دفاع، وجب القضاء لها بالنفقة من تاريخ عقد الزواج بما لايزيد على سنة سابقة على رفع الدعوى - كما سنرى - بلا بينة على واقعة عدم الانفاق، لأن المقرر شرعا أن البينة شرعت لاثبات خلاف الظاهر، والظاهر أنه لم ينفق عليها لأنها لم تزف إليه.

وترتيبا على ذلك قضت محكمة دمنهور الجزئية الشرعية بتاريخ ١٩٥٤/١١/٢٥ بأن:

«جرى العرف والعادة على أن الزوج لاينفق على زوجته قبل الدخول فاذا طالبت بنفقتها أجيبت».

ولا تكلف الزوجة في دعوى النفقة اثبات أنها لا زالت فى عصمة زوجها وطاعته، لأن الأصل فى الزوجات بقاء العصمة والشأن فيهن الطاعة.

(شبين الكوم الكلية بتاريخ ١٩٨٦/١٠/٢٥ فى الدعويين ٢٢٥، ٢٥٦ لسنة ١٩٨٦ - أحوال شخصية مستأنف - بركة السبع الجزئية بتاريخ ١٩٨٧/١١/٣ فى الدعوى ١٢٦ لسنة ١٩٨٧ أحوال شخصية).

ولا يستثنى من ذلك سوى حالة ادعاء الزوج أنها ليست فى عصمته أو طاعته.

١١٤ - عدم سماع دعوي النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى:

رأينا أن المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ (المعدلة) نصت على أن تعتبر نفقة الزوجة دينا على الزوج من تاريخ امتناعه عن الانفاق مع وجوبه ولا تسقط الا بالأداء أو الابراء - وقد ترتب على ذلك جواز مطالبة الزوجة بمتجمد نفقة عن مدة سابقة على تاريخ المطالبة مهما طالت هذه المدة. وقد رأى الشارع أن فى اطلاق اجازة المطالبة بنفقة سنين عديدة ترهق الشخص الملزم بها وأنه من العدل دفع صاحب الحق فى النفقة إلى المطالبة بها أولا فأولا بحيث لا يتأخر أكثر من ثلاث سنوات، وذلك عن طريق منع سماع الدعوى أخذا بقاعدة تخصيص القضاء[1]، فنص فى الفقرة الأخيرة من المادة(٩٩) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ (الملغاه) على أن: «ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى».

غير أن المشرع رأى بعد ذلك أن هذه المدة طويلة فعدلها إلى سنة واحدة، اذ نصت الفقرة السابعة من المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة

---

(١) المذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١.

١٩٢٠ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أن: «**ولاتسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لاكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى**»[١]. وبذلك تكون هذه الفقرة قد ألغت ضمنا الفقرة الأخيرة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (قبل إلغاء هذه اللائحة).

وجاء بالمذكرة الايضاحية للقانون عن هذا النص:

«أخذ المشروع بقاعدة جواز تخصيص القضاء فنص على ألا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة غايتها تاريخ رفع الدعوى، ذلك لأن في اطلاق اجازة المطالبة بالنفقة عن مدة ماضية سابقة على تاريخ رفع الدعوى احتمال جواز المطالبة بسنين عديدة كما أن المدة التي كانت مقررة في المادة ٩٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة المحاكم الشرعية وهي ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى غدت كثيرة مما رأى معه هذا المشروع الاكتفاء بسنة واحدة عن طريق منع سماع الدعوى ولا يضار صاحب الحق بهذا الحكم اذ يمكنه المبادرة إلى طلب حقه حتى لا تمضي عليه سنة فأكثر»[٢].

---

(١) وقد ورد هذا النص حرفيا بالفترة السابعة من المادة عند استبدالها بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المقضى بعدم دستوريته.

(٢) وحال مناقشة النص بمجلس الشعب اقترحت السيدة العضو/ عنايات أبو اليزيد الابقاء على الحكم الوارد بالمادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بحيث لا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى، وقالت شرحا لذلك:

«الواقع أنه قد بذل جهد كبير في صياغة هذه المادة، ولكن هناك المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ باصدار لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الذى جاء في المادة ٩٩ فقرة ٦ منه كما ورد أيضا في المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ النص الآتي:

«ولاتسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى».

وعلى ذلك أصبحت دعوى نفقة الزوجة غير مسموعة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ الدعوى.

فاذا رفعت دعوى النفقة عن مدة ثلاث سنوات مثلا قبل تاريخ رفع الدعوى تسمع الدعوى عن مدة السنة السابقة على رفع الدعوى، ولاتسمع عن مدة السنتين السابقتين على السنة المذكورة.

والعبرة فى احتساب مدة السنة بالتقويم الهجرى، لا التقويم الميلادى، لأن

أما النص المعروض علينا فهو «ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى» وانى أتساءل عن حال الزوجة التى ذهب زوجها ليعمل فى الخارج وانتظرت حضوره ومعه المال الوفير، ومكثت سنة أو اثنتين أو ثلاثا تنتظره الا أنها تفاجأ بعودته ومعه زوجة جديدة لأنه أصبح ميسور الحال، كما ذكر الزميل توفيق زغلول فى جلسة الصباح.
أعود وأتساءل مرة أخرى هل من المعقول أن تحصل هذه الزوجة على نفقة سنة واحدة، وهى التى ظلت سنوات عديدة تنتظر عودة زوجها تلك الزوجة التى قد باعت مصوغاتها ومنقولات منزلها من أجل أن يذهب الزوج للعمل فى الخارج ويأتي ومعه المال لتعويض مافاتها. ولذلك فانى أقترح تعديل النص بحيث يصبح كالآتى: «ولاتسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى» وهذا النص كان واردا فى المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ الذى لم يكن هناك وقت تطبيقه هجرة للعمالة أو تصدير لها، فاذا كان هذا النص فى ذاك الوقت، فما الحال بالنسبة للزوجة التى ذهب زوجها للعمل بالخارج وحصل على دخل كبير، وبدلا من أن يعود لها بالمال الوفير لتحسين حالها، تفاجأ بعودته وزواجه بأخرى».
وقد أيد الاقتراح **السيد العضو ممتاز نصار وقال:**
«الاستدلال الذى ذكره السيد الزميل حلمى عبد الآخر بأن الحقوق الدورية تتقادم بسنة ليس على اطلاقه، لأن هناك تقادما بثلاث سنوات وآخر بخمس سنوات فالمسألة تتصل بحقوق تقتضيها ضرورات مقررة يحتمها الاسلام نفسه، وقد اقترحت السيدة العضو عنايات أبو اليزيد جعل المدة ثلاث سنوات، واننى أرى أن هذه المدة قد تكون ضرورة وقد تكون هناك أسباب تقتضي المطالبة بزيادة المدة، كغياب الزوج فى رحلة بالخارج، ولهذا فاننى أتفق فى الرأى مع الاقتراح الذى ذكرته السيدة العضو عنايات أبو اليزيد».

«مضبطة مجلس الشعب – الطبعة المؤقتة – الجلسة ٩٨ بتاريخ أول يوليو سنة ١٩٨٥ ص ٢٣ وما بعدها».

السنة الهجرية هي المعمول بها في الأحكام الشرعية، ولذلك عندما أراد المشرع العمل في بعض المسائل بالسنة الميلادية أورد نصا على ذلك ليكون استثناء من الأصل، فنص في المادة ٢٣ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن المراد بالسنة في المواد من (١٢ إلى ١٨) هي السنة التي عدد أيامها ٣٦٥ يوما (أي السنة الميلادية) كما نص على بعض الاستثناءات في القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.

وتاريخ رفع الدعوى، هو تاريخ ايداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة عملا بنص المادة ١/٦٣ مرافعات التي تقضي بأن ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعي بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة، ما لم ينص على غير ذلك. أما اعلان المدعى عليه بالصحيفة فهو شرط لانعقاد الخصومة إذا لم يحضر المدعى عليه[١].

وحكم عدم سماع الدعوى ليس تقادما لأن الشريعة الغراء - كما ذكرنا سلفا - لاتعرف تقادم الحقوق المكسب أو المسقط بمضي الزمان، بل يبقى الحق لصحابه مهما طال الزمن، وانما هو قاصر على منع سماع الدعوى، أخذا بقاعدة تخصيص القضاء بالزمان والمكان قطعا للتزوير والاحتيال ولا شأن له بالحق ذاته في النفقة.

وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها بعدم سماع الدعوى اذا تحققت شروطه ولو لم يدفع به من المدعى عليه لتعلق هذا الحكم بالنظام العام[٢].

١١٥ - نطاق عدم سماع الدعوى:

نص الفقرة السابعة من المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ القاضي بعدم سماع دعوى النفقة

---

(١) على سبيل المثال: نقض مدني طعن ٤١٩ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/٥/٣٠ - ٧٢٧ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٨٠/٢/٢٥ - ١٦٤٤ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٥/٢/١١.

(٢) كمال البنا - تشريعات الأحوال الشخصية ص ٤٣.

عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى، نص استثنائى ومن ثم لايجوز التوسع فى تفسيره أو القياس عليه، فيكون عدم سماع الدعوى قاصرا على النفقة الزوجية ونفقة العدة باعتبار نفقة العدة هى فى حقيقتها نفقة زوجة على زوجها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١ - «وحيث أن هذا النعى فى محله ذلك أنه لما كان يشترط لسماع الدعوى بنفقة العدة ألا تزيد المدة المطالب بهذه النفقة عنها على سنة من تاريخ الطلاق وهو ماتنص عليه الفقرة الأولى من المادة ١٧ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ من أنه «لاتسمع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق» ، وكان يشترط لسماع تلك الدعوى فوق ذلك ألا يكون قد مضى على هذه السنة ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى وذلك عملا بحكم الفقرة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى تنص على أنه: «لاتسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ فع الدعوى» **وكان لامحل للقول بأن هذا النص مقصور على نفقة الزوجية دون نفقة العدة ذلك لأن لفظ «النفقة» جاء عاما مطلقا فيشمل نفقة الزوجية ونفقة العدة على سواء، ولأن نفقة العدة هى حقيقتها نفقة زوجة على زوجها)».**

(طعن رقم ٢٧ لسنة ٣٩ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٧٤/٥/٢٢)

٢ - «لما كان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن لفظ النفقة فى القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ، والمرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية قد جاء عاما مطلقا فيشمل نفقة الزوجية ونفقة العدة على سواء ولأن نفقة العدة هى فى حقيقتها نفقة زوجة

على زوجها، وكان الحكم المطعون فيه اذ أيد الحكم الابتدائى بتطليق المطعون عليها على الطاعن وعدله بجعل المقضى به نفقة زوجية نفقة عدة لها من تاريخ الحكم بالتطليق لحين انقضاء عدتها شرعا، يكون قد فصل فى طلب كان مطروحا أمام محكمة أول درجة».

(طعن رقم ٣٣ لسنة ٥٢ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٨٤/٤/٢٤)

الا أن حكم عدم سماع الدعوى لايسرى على أجر الحضانة لاختلاف أجر الحضانة عن النفقة، كما لايسرى على متعة المطلقة المدخول بها لأن المتعة لاتعتبر نفقة كما سنرى.

وفى هذا تقول المذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ انه:

«ظاهر أن هذا الحكم خاص بنفقة الزوجة على زوجها ولا يتعداه إلى غير هذا من الحقوق».

وظاهر أن هذا النهى لايسرى على النفقة المفروضة بالتقاضى، لأن المحكوم لها لايجوز لها المطالبة بالنفقة من جديد وانما لها تنفيذ الحكم فقط على المحكوم عليه، كما يسرى من باب أولى على النفقة المفروضة بالتراضى لأن الزوج التزم بها برضاه واختياره فلا ارهاق عليه فى مطالبته بها من تاريخ فرضها، كما أن ولاية الانسان على نفسه فى مطالبته بها من تاريخ فرضها، كما أن ولاية الانسان على نفسه أقوى من ولاية القاضى عليه[1].

---

(١) وإذا ماتت الزوجة كان متجمد نفقتها تركة لها يرثه ورثتها ومنهم زوجها.
وفى هذا افتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ ١٩٥١/٧/١٢ بأن:
«إن نفقة الزوجة المذكورة التى فرضت لها على زوجها دين فى ذمته لاتسقط إلا بالأداء أو الإبراء طبقا للمادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فإذا تجمدت النفقة المذكورة للزوجة على زوجها المذكور ولم يؤدها لها ولم تبرئه منها كان المتجمد تركة لها يرثه ورثتها عند موتها ومنهم زوجها والله أعلم».

(رابعـــا)

تقـديـر النفقــة - زيــادة النفقة وتخفيضهـا - الصـلح على النفقة - الاثبات فى دعاوى النفقـة

١١٦ - طريقا الانفاق على الزوجـة :

للانفاق على الزوجة طريقان همـا :

١ - **طريق التمكين**: وذلك بأن يتولى الزوج بنفسه الانفاق على زوجته، فيكون صاحب مائدة تتناول منها ما يكفيها من طعام سواء معه أو بمفردها، ويحضر لهـا الكسوة ويهيىء لها المسكن.

وهذا هو الأصل ى الانفاق على الزوجة، وما تقتضيه عشرة الزوجية لمـا توجبه الخلطة بين الزوجين من الألفة والمودة.

٢ - **طريق التمليك**: اذا لم يكن الزوج صاحب مائدة تتناول منها الزوجة ما يكفيها من الطعام، أو كان الزوج مقترا عليها، ولم يقدم لها الكسوة الواجبة لها ولم يهيء المسكن الشرعى المناسب لحاله، فللزوجة أن تطلب من زوجها فرض مقدار من النفقة كل مدة لتنفق منه على نفسها كما تريد، أو تطلب من القاضى القضاء لها بذلك. فاذا ثبت للقاضى صحة دعواها فرض لها النفقة.

وسمى هذا الطريق بطريق التمليك، لأن الزوج أو القاضى يملكها ما وجب لها من النفقة وهى التى تتصرف فيه.

وفى هذا قضت محكمة مركز المنيا الجزئية بتاريخ ١٩٨٤/٧/٢٥ فى الدعوى رقم ٧٣ لسنة ١٩٨٤ بأن :

«ومن حيث أنه من المقرر أن نفقة الزوجة تجب على زوجها جزاء احتباسها وقصرها نفسها عليه بحكم العقد الصحيح احتباسا يؤدى إلى استيفاء المقصود بالزواج ويشترط لوجوبها صحة عقد الزواج وصلاحية الزوجة لتحقيق أغراض الزوجية وواجباتها وعدم تفويت حق الزوج فى احتباس الزوجة بدون مبرر شرعى ولسبب ليس من جهته، والنفقة الواجبة للزوجة على زوجها تشمل الطعام والكسوة والمسكن. والأصل فى وجوبها التمكين فان لم يكن انتقل الوجوب إلى التمليك».

١١٧- المدة التى تفرض فيها النفقة :

يراعى فى المدة التى تفرض فيها النفقة، أن تكون مناسبة لحالة الزوج وطبيعة كسبه وما يكون أسهل عليه. فاذا كان الزوج عاملا باليومية تفرض النفقة عليه كل يوم ويعطيها نفقة كل يوم معجلا عند مساء اليوم الذى قبله. وان كان من الصناع الذين لا ينقضى عملهم الا بمضى الأسبوع قدر عليه كل أسبوع، وان كان تاجرا أو من أرباب المرتبات كالعاملين بالدولة والقطاع العام وبعض العاملين بالقطاع الخاص تفرض عليه كل شهر، وان كان مزارعا تفرض عليه تبعا لموسم الحصاد أو كل سنة.

ويستثنى من ذلك الكسوة فانها تفرض كل ستة أشهر، **غير أن العمل فى المحاكم** جرى على فرض النفقة بكافة أنواعها كل شهر.

ولا شك أن ذلك أيسر للزوجة حتى لا تلاحق الزوج فى اقتضاء نفقتها فى فترات متقاربة، كما أنها ملاءمة للأزواج فى هذه الآونة.

١١٨- تقدير النفقة بحسب حال الزوج :

نصت الفقرة الأولى من المادة ١٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة

١٩٢٩ (المستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥) على أن: «تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسرا أو عسرا على ألا تقل النفقة في حالة العسر عن القدر الذى يفى بحاجتها الضرورية»[(١)].

فالعبرة فى تقدير نفقة الزوجة بحال الزوج يسرا أو عسرا، فاذا كان الزوج موسرا فرضت للزوجة نفقة اليسار، ولو كانت الزوجة معسرة، واذا كان الزوج معسرا فرضت لها نفقة الاعسار، ولو كانت موسرة، واذا كان الزوج متوسط الحال فرضت لها نفقة وسطا بين نفقة الموسرين والمعسرين.

ومعنى ذلك أنه لا عبرة بحالة الزوجة المـالية فى تقدير نفقتها.

وهذا الحكم مستمد من مذهب الشافعية ورأى صحيح فى مذهب الحنفية[(٢)]،وتؤيده النصوص الشرعية، فقد قال تعالى: ﴿لينفق ذو سعة من

---

(١) وقد ورد هذ النص حرفيا عند تعديل هذه المـادة بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المقضى بعدم دستوريته.

وكانت المـادة عندما صدرت بالمرسوم بقانون تنص على أن: «تقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسرا أو عسرا مهما كانت حالة الزوجة».

(٢) المذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ - وفى المذهب الحنفى رأيان آخران:

الأول: أن النفقة تقدر بحسب حال الزوجة يسرا أو عسرا دون اعتبار لحالة الزوج، فلها نفقة الموسرين اذا كانت موسرة، ونفقة المعسرين اذا كانت معسرة، ونفقة وسط ان كان حالها وسطا بين الأغنياء والفقراء. وقد استند أصحاب هذا الرأى إلى حديث الرسول عليه السلام لزوجة أبى سفيان: ﴿خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف﴾.

وهـذا الرأى ضعيف.

الثـانى: أن النفقة تقدر بحسب حال الزوجين معا، فان كانا موسرين فللزوجة نفقة اليسار وان كانا معسرين فلها نفقة الاعسار، وان كان الزوج موسرا والزوجة معسرة، فلها نفقة وسط أقل من نفقة اليسار وأعلى من نفقة الاعسار، وكذلك تجب النفقة الوسط اذا كان الزوج معسرا والزوجة موسرة، واذا كان المعسر هو الزوج فانه رغم تقدير النفقة على هذا الأساس فانه يدفع ما يستطيعه ويكون الباقى دينا عليه حتى اليسار وتستدينه الزوجة ممن تجب عليه نفقتها لو لم تكن متزوجة.

سعته، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما أتاه الله لايكلف الله نفسا الا ما أتاها﴾[1]- ﴿أسكنوهم من حيث سكنتم من وجدكم﴾[2]، ولأنه لايجب أن تأخذ الزوجة من زوجها أكثر مما يقدر عليه لأنها تعاقدت معه على أن ينفق عليها بما يستطيع حسب اختلاف الأزمان والأحوال[3].

وهـذا المعيار يحكم تقدير نفقة الزوجة بكافة أنواعها.

ويراعى فى تقدير النفقة أيضا بجانب حالة الزوج، حالة الأسعار ارتفاعا وانخفاضا لأن النفقة ثمن لشراء الحاجيات التى تلزم الزوجة، وهذه الحاجيات يختلف ثمنها باختلاف الأسعار، ولذلك يترتب على عدم مراعاة حالة الأسعار وقت استحقاق النفقة وقوع الضرر بأحد الزوجين.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة بركة السبع للأحوال الشخصية (للولاية على النفس) بتاريخ ١٩٨٧/١١/١٧ فى الدعوى رقم ٥٨ لسنة ١٩٨٧ بأن:

«المستقر عليه فقها وقضاء أن النفقة تخضع لارتفاع الأسعار وانخفاضها، ولذا وجب مراعاة ذلك عند التقدير».

١١٩ - ما يجب مراعاته عند تقدير حالة الزوج :

يجب أن يراعى عند تقدير يسار الزوج، مقدار ما يملكه من عقار أو

وقد استند هـذا الرأى إلى قوله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾، وقول الرسول عليه السلام لزوجة أبي سفيان: ﴿خذى من مال أبى سفيان مايكفيك وولدك بالمعروف﴾ ومقتضى التقدير بالمعروف أن يراعى حال الطرفين فى الفرض لا أن يراعى حال أحدهما فقط.

وهذا الرأى هو المفتى به فى المذهب. وكان العمل يسير عليه بالمحاكم إلى أن صدر المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

(١) سورة الطلاق الآية ٧.

(٢) سورة الطلاق الآية ٦ .

(٣) المذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

منقول أو نقود أو أوراق مالية وغيرها، وما تدره هذه الأموال من دخل، وكذا ما يتقاضاه من مرتبات وأجور، أو ايراد من مهنة أو حرفة أو تجارة... الـخ.

كما يجب مراعاة حالته الاجتماعية ومدى تأثيرها على دخله.

ويدخل في هذه الحالة، ما اذا كان متزوجا بأخرى أو يعول أولادا من زوجته المطالبة بالنفقة أو من زوجة أخرى، أو يعول أحدا من أقاربه الذين يلتزم باعالتهم شرعا.

وكذلك ماقد يستلزمه مركزه الاجتماعي من مظهر في الملبس أو المسكن وغيره، لأن مركز الزوج اذا كان يتطلب منه مظهرا مرتفعا، فان من شأن ذلك زيادة أعبائه المـالية.

وترتيبا على ذلك قضت محكمة المنيا الابتدائية بتاريخ ١٩٨٤/١٠/٢٩ في الدعوى رقم ١٠٤ لسنة ١٩٨٤ احوال شخصية (نفس) مستأنف بأن:

«وحيث أن المستأنف ينعى على الحكم المطعون فيه الخطأ، وفي بيان ذلك يقول أن المفروض يزيد عن قدر يساره لكونه لا مورد له غير راتبه البالغ ٥٨ جنيه ويعول زوجته الأخرى... وينفق على علاج المستأنف عليها الكثير للانجـاب.

وحيث أن هذا النعي سديد ذلك أن الثابت من مفردات المستأنف المودعة ملف الدعوى أن راتبه الشهري ٥٨ جنيه و ١١٠ مليم، كما تبين من وثيقة الزواج المتضمنة زواجه أنه متزوج من أخرى وثابت من الشهادة الادارية اقامته بعيدا عن مقر عمله. لمـا كان ذلك وكان المقرر وفق م١ق٢٥ لسنة ١٩٢٠ المعدل، م١ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بقرار ٤٤ لسنة ١٩٧٩ فرض نفقة الزوجة على زوجها بقدر حال الزوج يسرا أو عسرا.

ومن ثم فان المحكمة ترى زيادة المفروض عن حال المستأنف لا سيما أنه

متزوج بأخرى وعليه نفقتها فضلا عن راتبه المبين بالتحرى لايجاوز قدر الاعسار وتقضى بتعديل المفروض إلى القدر المبين بالمنطوق».

وقد لوحظ فى التطبيق العملى أن بعض الأزواج عندما يستشعرون اعتزام الزوجات مطالبتهم قضائيا بفرض نفقة، فانهم يدأبون على تسخير بعض أقاربهم لرفع دعاوى نفقة ضدهم والتواطؤ معهم حتى تصدر الأحكام لصالحهم، ثم يستندون إلى هذه الأحكام فى زيادة أعبائهم المالية فى الدعاوى التى ترفع من زوجاتهم، توصلا إلى عدم حصولهن على النفقة التى تتناسب مع يسارهم الحقيقى.

ولذا يجب على القاضى اذا ما قدمت إليه أحكام من هذا القبيل أن يعنى بتقدير جديتها للوقوف عما اذا كانت صورية أم لا، فاذا استبان له صوريتها وجب عليه اطراحها وعدم التعويل عليها فى تقدير حالة الزوج.

وللقاضى أن يستخلص ذلك من كافة أوراق الدعوى ومستنداتها. وهناك من القرائن ما يعين القاضى على تكوين عقيدته. فيمكن الاستدلال على صورية الحكم من تقارب الزمن بين رفع الدعوى التى صدر فيها، ورفع دعوى الزوجة، أو من تسليم الزوج بطلبات المدعى فيها لاسيما اذا صدر منه التسليم بالجلسة الأولى، أو من وجود أوراق تنبىء عن وجود مال ظاهر للقريب المحكوم له بالنفقة.

وعلى كل فالمسألة متروكة لمطلق تقدير قاضى الموضوع.

١٢٠ - *العبرة فى تقدير حال الزوج بتاريخ استحقاق النفقة*:

نصت الفقرة الأولى من المادة ١٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أن: «تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسرا أو عسرا...الخ».

فتقدير النفقة يكون بحسب حال الزوج وقت استحقاق النفقة، أى

خلال الفترة التي يستحق عنها النفقة ولس في تاريخ الحكم، فاذا طالبت الزوجة بنفقة سنة سابقة على تاريخ رفع الدعوى، كان التقدير بحسب حالة الزوج خلال سنة سابقة على رفع الدعوى.

وفي هذا تقول المذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥:

«ومن هذا يظهر أن المناط أصلا في تقدير النفقة هو حال الزوج المالية في اليسر والعسر وهذا أمر نسبي غاية الأمر أن النفقة اذا كانت عن المدة الماضية على تاريخ الحكم وتغيرت حال الزوج كان التقدير على قدر حاله وقت الاستحقاق لا وقت القضاء».

وهذا الحكم لم يكن منصوصا عليه بالمادة كما وردت بالمرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ومع هذا كان القضاء يراعيه دون نص.

ثم نص عليه في القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المقضى بعدم دستوريته.

١٢١- الحد الأدنى للنفقة :

نصت الفقرة الأولى من المادة ١٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بعد تعديلها بالقانون قم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على: «... على ألاتقل النفقة في حالة العسر عن القدر الذى يفى بحاجتها الضرورية»[١].

فهذا النص وضع حدا أدنى لنفقة الزوجة، مهما يكون الزوج معسرا، وهذا الحد الأدنى هو القدر الذى يفى بحاجة الزوجة الضرورية.

وهذا الحكم كان معمولا به في المحاكم دون نص، وكان يعبر عن هذا الحد الأدنى في العرف القضائي بنفقة الفقراء. وهو ما يطلق عليه الفقهاء نفقة الاعسار التي تفرض على الزوج المعسر.

وقد قدر محمد نفقة المعسر بأربعة دراهم. وهذا التقدير كان يتمشى مع

---

(١) وقد ورد هذا النص حرفيا في المادة عند تعديلها بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩.

زمانه لأن كفاية الزوجة تختلف باختلاف الزمان والمكان، ولذلك لابد أن يدخل في الاعتبار مستوى الأسعار السائد في تاريخ استحقاق النفقة[١].

ومما يلاحظ في التطبيق العملي أن الزوجة بعد أن ترفع دعواها بالنفقة، قد ترى أن زوجها معسرا أو تجد نفسها عاجزة عن اثبات يساره، أو ترغب في الحصول على حكم في وقت قصير، فتفوض المحكمة في فرض نفقتها على أساس نفقة الفقراء، فتقضي لها المحكمة بالحد الأدنى الذى يفي بحاجتها الضرورية دون حاجة إلى احالة الدعوى إلى التحقيق أو التحرى عن حالة الزوج.

١٢٢ - أثر يسار الأب في تقدير نفقة زوجة ابنه:

اذا كان الابن يعيش مستقلا عن أبيه، وينفق من كسبه فلا شبهة في أنه لا أثر ليسار الأب في تقدير نفقة زوجة ابنه.

أما إذا كان الابن يعيش في كنف أبيه ويتولى الأب الانفاق عليه وعلى زوجته، دون أن يكون له كسب خاص. فقد ذهب العلامة ابن عابدين إلى أنه يرجع إلى العرف فيما اذا كان الابن يعتبر موسرا بيسار أبيه من عدمه.

فاذا كان العرف جاريا على أن الأب هو الذى يتحمل عن ابنه الذى يعيش في كنفه النفقة، فان الابن يكون موسرا بيسار أبيه، أما اذا جرى العرف بغير ذلك فلا تأثير ليسار الأب على حالة ابنه المالية[٢].

---

(١) البحر الرائق جـ٤ ص ١٧٥.

(٢) فقد جاء بحاشية ابن عابدين جـ٣ ص ٩٤ ما يأتي: «مقتضاه أنه لو جرت العادة بتحمل النفقة أيضا عن الابن الصغير كما في زماننا أنه يكون كفؤا بل في زماننا يتحملها عن ابنه الكبير الذى في حجره، والظاهر أنه يكون كفؤا بذلك لأن المقصود حصول النفقة من جهة الزوج بملك أو كسب غيره ويؤيده ان المتبادر من كلام الهداية وغيرها أن الكلام في مطلق الزوج صغيرا أو كبيرا».

وقد جرى العرف فى مصر على أن الأب الموسر ينفق على ابنه الذى يعيش فى كنفه، وعلى زوجته وأولاده.

وتظهر هذه الصورة بشكل واضح فى الريف، اذ يقيم الابن وزوجته وأولاده مع أبيه فى داره، يشاركه معشيته، كما يشاركه أعمال زراعته، فيتناول طعامه من مائدته ويكسوه مما يكتسى، وكذلك الحال بالنسبة لزوجته وأولاده.

بالبناء على ذلك فان نفقة زوجة الابن تقدر على اعتبار زوجها موسرا بيسار أبيه، ولو لم يكن له مال.

وفى هذه الحالة لاتكون النفقة بحسب يسار الأب وانما تكون فى حدود يسار الابن وفق ما تسمح به حالة أبيه، بمعنى أنها تكون فى حدود ما ينفقه مثل الأب لنفقة ابنه وزوجته[١].

وعلى هذا الرأى سارت أغلب أحكام المحاكم.

وقد قضت محكمة دمنهور الكلية للأحوال الشخصية بتاريخ ١٩٥٧/٢/١١ فى الدعوي رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٥٦ بأن:

«اذا كان المستأنف يشارك والده عمله وتجارته ومعيشته فالعمل فى الالتزام بالنفقة يكون طبقا لليسار الظاهر لهما طالما أن يسارهما مشترك، ذلك أن الفقهاء وقد نصوا على أن بيان اليسار والاعسار بالنسبة للزوجة متروك أمره للعرف والنظر فى الحال من المتوسع فى الانفاق وعدمه» . «أيضا أسيوط فى ١٩٤١/٨/٩ - فوة فى ١٩٣٧/١١/٢٨».

١٢٣ - إعسار الزوج :

اذا كان الزوج معسرا، كان للزوجة أن تطلب من القاضى فرض نفقتها عليه، وأمر من تجب نفقتها عليه لو لم تكن متزوجة بأدائها اليها، على أن

---

(١) المستشار صلاح الدين زغو ص ١٢٩.

يرجع على الزوج اذا أيسر، فيكون للأخير الرجوع على الزوج بما أداه إلى الزوجة عند يساره[١].

وللزوجة أن تطلب فرض نفقتها على زوجها مع اذنها بالاستدانة، وفى هذه الحالة اذا استدانت الزوجة نفقتها كان لدائنها الرجوع على الزوج مباشرة.

أما اذا لم يأذنها القاضى فى الاستدانة فيكون رجوع الدائن عليها لا على الزوج، وترجع هى على الزوج[٢].

والحنفية لايجيزون للمرأة طلب التفريق للاعسار أى العجز عن النفقة، غير أن القانون قم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ أجاز فى مادته الرابعة للزوجة طلب التفريق للاعسار، وذلك أخذا برأى الأئمة الثلاثة.

١٢٤- القضاء على الزوج الغائب بالنفقة :

الزوج الغائب هو من لايمكن احضاره إلى مجلس القضاء لمقاضاته وسؤاله عن الدعوى، سواء كان غائبا عن البلد الذى توجد فيه زوجته أو مختفيا فيه، وسواء كانت غيبته قريبة أو بعيدة، وتعتبر الغيبة قريبة اذا كان فى مكان يسهل وصول قرار المحكمة باعذاره إليه فى مدة لاتتجاوز تسع أيام، وتعتبر الغيبة بعيدة اذا كان فى مكان لا يصل إليه قرار المحكمة قى المدة المذكورة، أو كان غير معلوم المكان، أو مفقودا لا يعلم ما اذا كان حيا أو ميتا.

وقد نصت المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على أن: «اذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة فان كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله وان لم يكن له مال ظاهر أعذر إليه القاضى بالطرق المعروفة وضرب له

---

(١) العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية جـ١ ص ٦٩.

(٢) حشية ابن عابدين جـ٤ ص ٥٩٣.

أجلا فان لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للانفاق عليها طلق عليه القاضى بعد مضى الأجل.

فاذا كان بعيد الغيبة لايسهل الوصول إليه، أو كان مجهول المحل أو كان مفقودا وثبت أنه لامال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضى.

وتسرى أحكام هذه المادة على المسجون الذى يعسر بالنفقة».

وواضح من هذه المادة أن القانون ساوى بين الزوج الحاضر والزوج الغائب في وجوب القضاء عليه بنفقة الزوجة، فلا يمنع غياب الزوج من فرض النفقة عليه، سوا كانت غيبة قريبة أو بعيدة، وسواء كان له مال ظاهر أم لا، من جنس النفقة أو من غير جنسها.

فاذ كان له مال ظاهر نفذ عليه حكم النفقة وان لم يكن له مال ظاهر استدانت عليه الزوجة. والمال الظاهر هو ما يمكن التنفيذ عليه بالطرق المعتادة، وهى الواردة فى لائحة الاجراءات الواجب اتباعها فى تنفيذ أحكام المحاكم الشرعية.

والمال الذى من جنس النفقة كالنقود أو الطعام أو الكسوة، والمال الذى من غير جنس النفقة كالعقار والعروض كالسيارات والحيوانات[1].

---

(١) أما حكم القضاء بالنفقة على الزوج الغائب فى المذهب الحنفى فهو كالآتى:
اذا ترك الغائب مالا ظاهرا من جنس ما تقدر به النفقة وكان تحت يد الزوجة، فلها أن تأخذ منه ما يكفيها لنفقتها بالمعروف بين الناس دون حاجة إلى قضاء القاضى أخذا بقول الرسول عليه السلام لهند زوجة أبى سفيان، واذا رفعت أمرها إلى القضاء طالبة فرض نفقة على زوجها الغائب من ماله الذى تحت يدها، وأثبتت الزوجية أو علم بها القاضى، فرض لها النفقة وأمرها بأن تستوفى تلك من مال زوجها فى يدها وليس هذا فى الواقع قضاء على الغائب بل اعانة للزوجة على الوصول إلى حقها اذ لها شرعا أن تأخذ من مال زوجها ما يكفيها لنفقتها بالمعروف بدون حاجة إلى القضاء ولهذا المعنى نص الفقهاء على أنه يجوز للقاضى أن يقضى بفرض نفقة زوجية لزوجة الغائب متى علم بالزوجية

بينهما، مع أن القاضى لا يقضى بعلمه انما يقضى بما ثبت له من الأدلة.

أما اذا كان المـال الذى من جنس النفقة الذى تركه الزوج الغائب ليس تحت يد الزوجة، وانما كان عند غيرها وديعة أو دينا فى ذمته، ورفعت الزوجة أمرها إلى القاضى ليفرض نفقتها فى هذا المـال، أجابها القاضى وأمر من عنده المـال ايفاءها مقدار النفقة اذا كان من عنده المـال معترفا به وبالزوجية أو كان القاضى يعلم بهما، لأن ذلك كما أسلفنا من باب الاعانة لها على أخذ حقها، وليس من باب القضاء على الغائب.

أما اذا كان القاضى غير عالم بما أنكره فقد ذهب الامام والصاحبان إلى أنه لايفرض لها النفقة ولا تسمع منها الدعوى لأن من شروط صحة الدعوى وسماعها وجود خصم فيها ولا خصم هنا فى هذه الحالة حتى تسمع الدعوى، فالزوج هو الخصم فى انكار الزوجية والمـال وليس من بيده المـال. أما زفر فذهب إلى أن الدعوى تسمع من الزوجة فاذا اثبتت زوجيتها بالبينة مع ملكيته لهذا المـال فرض لهـا القاضى النفقة، ولكنه قبل الحكم يستوثق من صدق المـرأة فى دعواها فيحلفها اليمين بأن زوجها لم يعجل لهـا النفقة وأنها ليست ناشزة ولا مطلقة انتهت عدتها ثم يأخذ منها كفيلا بالنفقة، حتى اذا تبين كذبها وعاد زوجها رجع عليه أو عليها بما أخذته **ورأى زفر هو المفتى به فى المذهب.**

أما اذا كان المـال الظاهر الذى تركه الزوج الغائب ليس من جنس النفقة، فرض القاضى لها النفقة وأذن لها فى أن تستوفى النفقة من غلة هذا المـال، ولكنه لايباع شيء منه استيفاء للنفقة.

أما اذا لم يكن للزوج مال ظاهر، وطلبت الزوجة فرض نفقتها، فاذا أثبتت دعواها أو كان القاضى عالمـا بها حكم لها بالنفقة دون الزوجية وأذن لها بالاستدانة على زوجها، وذلك بعد أن يحلفها اليمين السابقة ويأخذ عليها كفيلا، فان لم تجد من تستدين منه أمر القاضى من تجب عليه نفقتها من أقاربها لو لم تكن متزوجة بادانتها فاذا امتنع حبسه القاضى حتى يمتثل، ويرجع بما يؤديه اليها على زوجها.

١٢٥ - الإذن للزوجة باستدانة نفقتها :

رغم أن المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ جعل دين نفقة الزوجة دينا قويا لا يسقط الا بالأداء أو الابراء، الا أن الاذن للزوجة باستدانة نفقتها ما زال له فائدة.

فاذا أذن للزوجة باستدانة نفقتها، واستدانتها بالفعل، ثبت الدين لدائنها فى ذمة الزوج ابتداء وله الرجوع عليه بما أداه للزوجة ولو دون رضائه، لأن استدانتها باذن الزوج تكون نيابة عنه، وكذلك استدانتها بأمر القاضى لأن القاضى أقيم لرفع المظالم، فاذا تعينت الاستدانة طريقا لرفع الظلم ولم يأمر بها الزوج أمر القاضى بها بالنيابة عنه فيكون أمره كأمر الزوج.

أما بدون الاذن بالاستدانة فلا يكون لدائن الزوجة الرجوع على الزوج وانما يكون رجوعه عليها.

واذا أذن للزوجة بالاستدانة فلم تجد أحدا يقبل مداينتها، استدانت ممن تجب عليه نفقتها لو لم تكن متزوجة، فان امتنع ألزمه القاضى بذلك.

١٢٦ - زيادة النفقة وتخفيضها :

نفقة الزوجة نفقة كفاية تقدر بحسب حال الزوج يسرا أو عسرا مهما كان حال الزوجة. ويراعى فى التقدير حالة الزوج الاجتماعية، ومستوى الأسعار ارتفاعا وانخفاضا.

ولما كان حال الزوج من اليسار والاعسار وحالته الاجتماعية، مما يرد

عليه التغيير، وكذلك حالة الأسعار مما يرد عليها الزيادة والنقصان، ومن ثم فانه يجوز للزوجة اذا زاد يسار الزوج أو تغيرت حالته الاجتماعية بما يؤدى إلى التخفيف من أعبائه أو زادت الأسعار عن وقت الفرض، أن تطلب من القاضى تعديل نفقتها بالزيادة إلى ما يتناسب مع الزيادة فى يسار الزوج أو تغير حالته الاجتماعية أو ارتفاع الأسعار.

ويجوز للزوج اذا قل يساره أو ازدادت أعباؤه العائلية أو انخفضت الأسعار عن وقت الفرض أن يطلب تخفيض النفقة بما يتناسب مع الحالة الجديدة.

واذا ثبت للقاضى صحة دعوى الزوجة أو الزوج قضى لهما بطلباتهما.

وعلى ذلك اذا كان الزوج فى تاريخ استحقاق النفقة غير متزوج بأخرى، ثم تزوج بأخرى بعد ذلك، فان أعباءه العائلية تكون قد زادت عن ذى قبل فيجوز له طلب تخفيض النفقة واذا كان الزوج يعول بعض أقاربه فى تاريخ استحقاق النفقة ثم انتهت هذه الاعالة لأى سبب، فان أعباءه الاجتماعية تكون قد قلت عن ذى قبل ويجوز للزوجة طلب زيادة نفقتها.

ومعنى ذلك أن الأحكام الصادرة بالنفقة ذات حجية مؤقتة يرد عليها الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف.

وفى هذا قضت محكمة النقض (دائرة الأحوال الشخصية) بأن:

١- «وان كان الأصل فى الأحكام الصادرة بالنفقة أنها ذات حجية مؤقتة لانها مما يقبل التغيير والتبديل وترد عليها الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف كما يرد عليها الاسقاط بسبب تغير دواعيها إلا أن هذه الحجية المؤقتة تظل باقية طالما أن دواعى النفقة وظروف الحكم بها لم تتغير».

(طعن رقم ٢١ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٦٠/١٠/٢٧)

٢- «الحكم الصادر بالنفقة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يجوز حجية مؤقتة يرد عليه التغيير والتبديل كما يرد عليه الاسقاط بسبب تغيير دواعيها».

(طعن رقم ٥٣٢ لسنة ٢٦ق جلسة ٣٠ يناير سنة ١٩٦٣)

٣- «الأحكام الصادرة بفرض النفقة أو الزيادة فيها أو الانقاص منها أو اسقاطها ذات حجية مؤقتة. علة ذلك».

(طعن رقم ١٥ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٨٨/٦/٢٨ - غير منشور)

٤- «الأحكام الصادرة فى دعاوى النفقة. الأصل فيها أنها ذات حجية مؤقتة. سبق رفض دعوى المطعون ضدها ضد الطاعن بطلب نفقة لها استناداً إلى أنها هجرت مسكن الزوجية. قضاء المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية لها فى دعوى أخرى بنفقة عن مدة لاحقة استجدت بعد صدور الحكم الأول. مؤداه. عدم جواز الطعن بالنقض على الحكم الأخير. علة ذلك».

(طعن رقم ٢٠ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩١/١٢/١٧)

١٢٧- تاريخ بدء الزيادة أو التخفيض:

لا يقضى بزيادة النفقة أو تخفيضها، من تاريخ اليسار الذى أوجب الزيادة أو الاعسار الذى أوجب التخفيض، ولا من تاريخ الحكم، وانما يقضى بهما من تاريخ المطالبة القضائية أى من تاريخ رفع الدعوى، والذى يتحدد بايداع صحيفتها قلم الكتاب (م٦٣/١ مرافعات).

ذلك أن الفقهاء فرقوا بين تاريخ استحقاق أصل النفقة، وبين تاريخ استحقاق الزيادة فى النفقة وسريان تخفيضها، فجعلوا الأول من تاريخ المطالبة ومدة تقل عن شهر سابق عليها، لأنها لا تكون ديناً فى الذمة فيما عدا ذلك، وجعلوا الثانى من تاريخ المطالبة لأن عدم المطالبة بالزيادة أو التخفيض فور تحقق سببهما يعد تنازلاً عنهما، ولذلك لا تدخل الزيادة أو التخفيض فى نطاق ما نصت عليه المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ (المعدل) من أن نفقة الزوجة تعتبر ديناً فى ذمة الزوج من وقت امتناعه عن الانفاق مع وجوبه ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الابراء.

فقد جاء بشرح الدر المختار: (قضى بنفقة الاعسار ثم أيسر فخاصمته تمم) القاضى نفقة يساره فى المستقبل[١].

وقد فسر ابن عادين (المستقبل) بالمدة التى تبدأ من تاريخ المخاصمة. إذ علق على ذلك بقوله: (قوله فخاصمته) إذ لا تقدير بدون طلبها... (قوله فى المستقبل) أما الماضى قبل المخاصمة فقد رضيت به ولو بعد عروض اليسار[٢].

---

(١) مطبوع مع حاشية ابن عابدين، جـ٣، ص٥٩٢.

(٢) حاشية ابن عابدين، جـ٣، ص٥٩٢ وما بعدها.

وهذا التفسير هو ما يتفق مع جاء بشرح العناية على الهداية من أنه: «فاذا تبدل حاله جاز لها المطالبة بتمام حقها فكان هذا بمنزلة ابتداء فرض نفقة الاعسار على الموسر»[(١)].

وقد أخذ بهذا الرأى غالبية الفقهاء[(٢)] وسارت عليه بعض الأحكام[(٣)].

١٢٨- الصلح على النفقة:

إذا تصالحت الزوجة مع زوجها على أن يؤدى إليها شهرياً مبلغاً معيناً لنفقتها، أو تصالحت معه على شئ غير النقود يجوز للقاضى أن يفرضه فى نفقتها كأنواع معينة من الطعام، كان ذلك تقديراً من الزوجين للنفقة، سواء كان هذا الصلح قبل فرض القاضى للنفقة أو التراضى عليها.

---

(١) مطبوع على هامش شرح فتح القدير، جـ٤، ص٣٩٣.

(٢) المستشار صلاح الدين زغو، ص١٣٥ - المستشار أحمد نصر الجندى - قوانين الأحوال الشخص فى ضوء القضاء والفقه ص٣١ - وقارن المستشار أنور العمروسى فى أصول المرافعات الشرعية - الطبعة الأولى ١٩٧١، ص٢٤٧ فيرى أن الزيادة تستحق من تاريخ الفرض السابق، لأن نفقة الزوجة نفقة كفاية فتقدر بحسب حال الزوج وتجب من تاريخ الامتناع.

(٣) كلى مصر فى ١٩٤١/٣/٣ الدعوى ٣٢٩ لسنة ١٩٤٠ - أدفو فى ١٩٤٤/١٠/٢٨ الدعوى ١٠٢٧ لسنة ١٩٤٣.

وقارن الأحكام الحديثة: بندر المنيار فى ١٩٨٧/١١/٢٣ الدعوى ٣٠٠ لسنة ١٩٨٧ - بندر شبين الكوم فى ١٩٨٨/١/١٩ الدعوى ١٧٥ لسنة ١٩٨٧ - قويسنا الجزئية فى ١٩٨٨/٤/١٧ - الدعوى ٢٩١ لسنة ١٩٨٧ - بركة السبع الجزئية فى ١٩٨٨/١١/٣ - الدعوى ٥١ لسنة ١٩٨٧، فقد قضت هذه الأحكام بزيادة النفقة اعتباراً من تاريخ الحكم وقد جاء بحكم الأخير أن: «المنصوص عليه شرعاً أن زيادة النفقة لا تفرض إلا من تاريخ الحكم بها بعد ثبوت استحقاقها أمام القضاء».

أما إذا وقع الصلح على شئ لا يجوز للقاضى أن يفرضه على الزوج فى نفقتها بحال كسيارة مثلاً، ينظر ان كان الصلح بينهما قبل قضاء القاضى لها بالنفقة أو وقبل تراضيها على شئ لكل شهر فان الصلح يعتبر تقديراً للنفقة، وان كان بعد أحدهما فانه يعتبر معاوضة.

فإذا اعتبر الصلح معاوضة، فانه لا يجوز الزيادة أو النقصان فيما تم التصالح عليه(١).

أما إذا اعتبر الصلح تقديراً للنفقة، ثم تبين للزوجة بعد الاتفاق أن النفقة المفروضة دون كفايتها كان لها طلب زيادة المفروض لها، ويحكم لها القاضى بالزيادة إذا أقر الزوج بدعواها أو قدمت بينة عليها أو وجهت اليمين إلى الزوج فنكل عنها، وعلة ذلك أن الزوج ملزم بأن يؤدى إلى الزوجة نفقة كفايتها حسب حالته والاتفاق على ما دون الكفاية غير ملزم للزوجة.

أما إذا ادعى الزوج أن النفقة المتصالح عليها تجاوز حالته وطلب تخفيضها، فلا تسمع دعواه لتناقضه إلا أن يتعرف القاضى عن حاله بالسؤال من الناس فإذا أخبروه أنه لا يطيق ذلك نقص عنه وأوجب على قدر طاقته(٢).

١٢٩- الصلح على الاكل تموينا يسقط الفرض السابق:

إذا فرضت نفقة الزوجة اتفاقاً أو قضاء، ثم تصالحت مع زوجها على أن تأكل معه تموينا، أى تأكل مما يقدمه من طعام، سقط الفرض السابق، لأن الاتفاق على التموين فى المستقبل يكون اعراضاً عن الفرض السابق، ولأن القاضى انما فرض ما كان واجباً عليه فإذا أطعمها ما هو الواجب عليه لا تستحق على شيئاً آخر(٣).

---

(١) البحر الرائق، جـ٤، ص١٨٨.

(٢) حاشية ابن عابدين، جـ٣، ص٥٩٣.

(٣) حاشية الرملى على جامع الفصولين، جـ١، ص١٩١.

فإذا امتنع الزوج عن الانفاق تموينا بعد ذلك، كان لها طلب فرض جديدة.

أما إذا أنفق عليها الزوج تموينا من غير صلح على الأكل تموينا فلا حق لها فى المفروض لها عن المدة التى أنفق عليها فيها.

هذا إذا لم تقبض النفقة معجلة أما إذا عجل لها النفقة عن مدة مستقبلة فإن أكلت من طعامه فى هذه المدة بلا اذن رجع هو عليها بما تناولته من طعامه وإذا تناولت من طعامه باذنه فليس له الرجوع عليها بشئ.

وفى هذا أفتت دار الافتاء المصرية بأن:

١- «نفيد أولاً - أن فرض النفقة للزوجة وللأولاد على الزوج ليس بمانع من اقامة الزوجة فى بيت الزوج بل يجب عليها أن تطيعه فى منزله عند مطالبته اياها بذلك متى كانت قد استوفت معجل مهرها وكان المسكن شرعياً. وثانياً: أن مجرد اقامتها فى منزله من غير أن تصطلح معه على الأكل تموينا وبدون أن ينفق عليها وعلى الأولاد النفقة الواجبة عليه شرعاً ليس مسقطاً لحقها فى النفقة المقررة لها وللأولاد بالحكم المذكور أما إذا اصطلحت معه على الأكل تموينا فقد سقط الفرض بهذا الصلح وإذا أنفق عليها وعلى الأولاد النفقة الواجبة عليه من غير صلح على الأكل تموينا فلا حق لها ولأولادها فى المفروض عن المدة التى انفق فيها عليها وعلى الأولاد. وهذا ما ظهر من نصوص الفقهاء. والله تعالى أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ ١٩٣٣/٩/٣٠)

٢- «اطلعنا على السؤال ونفيد أن مجرد معاشرة الزوجة لزوجها لا يبطل حكم النفقة كما أجبنا السائلة فى فتوى أخرى بتاريخ ١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٨ وانما يبطله تنازلها عن الحكم ومن التنازل عنه صلحها معه على الأكل تموينا. لكن إذا لم تتنازل عن الحكم وأنفق الزوج عليها مدة المعاشرة

على حسب ما كان معهوداً بينهما قبل الفرض فليس لها أن ترجع بشئ من النفقة عن هذه المدة التى أنفق عليها فيها وهذا إذا لم تقبض النفقة معجلاً أما إذا عجل النفقة عن مدة مستقبلة فان أكلت من طعامه وادامه فى هذه المدة بلا اذن رجع هو علهيا بما تناولته وان تناولت من طعامه، وادامه باذنه فليس له الرجوع عليها بشئ وهذا هو المأخوذ من جامع الفصولين صفحة ١٩١ من الجزء الأول وحاشية الخير الرملى عليها.

وبهذا علم الجواب من السؤال حيث كان الحال كما ذكر به والله أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ ١٩٤٤/٦/١٣)

١٣٠- الإثبات فى دعاوى النفقة:

إذا أقامت المرأة البينة على يسار زوجها قبلت بينتها وان أقام الزوجان البينة فالبينة بينتها لأنها مثبتة وبينة الزوج لا تثبت شيئاً[١].

وفيما يتعلق بتاريخ استحقاق النفقة ، فقد جرى القضاء على أنه إذا أخفقت الزوجة فى إثبات تاريخ استحقاق نفقتها على الزوج أو فوضت الرأى للمحكمة فى تاريخ الاستحقاق ، فإنه يقضى لها بالنفقة من تاريخ رفع الدعوى استنادا إلى أن التقاضى دليل الخصومة وقرينة على الامتناع عن الإنفاق[٢].

---

(١) بدائع الصنائع، جـ٤، ص٢٥.

(٢) قويسنا الجزئية فى ١٩٨٨/٦/٢٩فى الدعويين ١١٥ لسنة ١٩٨٨ ، ٤٠٥ لسنة ١٩٨٧ – شبين الكوم الكلية فى ١٩٨٦/١٠/٢٥ فى الدعويين ٣٤٤ لسنة ١٩٨٦ ، ٣٤٥ لسنة ١٩٨٦ – الرحمانية الجزئية فى ١٩٩١/١١/١٩ فى الدعوى ٧٦ لسنة ١٩٩١.

وقد أتى القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية بحكم مستحدث لتحقيق دخل المطلوب الحكم عليه بنفقة أو ما فى حكمها إذا كان هذا الدخل محل منازعة جدية ، ولم يكن فى أوان الدعوى ما يكفى لتحديده، إذ نصت المادة ٢٣ منه على أنه : « إذا كان دخل المطلوب الحكم عليه بنفقة أو ما فى حكمها محل منازعة جدية، ولم يكن فى أوراق الدعوى ما يكفى لتحديده ، وجب على المحكمة أن تطلب من النيابة العامة إجراء التحقيق الذى يمكنها من بلوغ هذا التحديد.

وتباشر النيابة العامة بنفسها إجراء التحقيق فى هذا الشأن.

ومع عدم الإخلال بأحكام قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ فى شأن سرية الحسابات بالبنوك، تلزم أية جهة حكومية أو غير حكومية بإفادة النيابة العامة بما تحت يدها من معلومات، تكون نتيجة فى تحديد دخل المطلوب منه النفقة .

ولايجوز استخدام ما تسفر عنه هذه التحقيقات من معلومات فى غير المادة التى أجريت بشأنها.

ويجب على النيابة العامة أن تنهى التحقيق وترسله مشفوعا بمذكرة موجزة بالنتائج التى خلصت إليها فى موعد لايجاوز ثلاثين يوما من تاريخ وصول طلب المحكمة إليها».

وبالترتيب علي ذلك :

١-تطلب المحكمة من النيابة العامة إجراء التحقيق الذى يمكنها من تحديد دخل المطلوب عليه بنفقة أو ما فى حكمها إذا كان دخل المطلوب الحكم عليه بنفقة أو ما فى حكمها محل منازعة جدية.

والمقصود بالنفقة نفقة الزوجية أو العدة أو نفقة الصغار أو الأصول أو الفروع أو الحواشى.

والمقصود بما فى حكم النفقة الأجور، كأجر الإرضاع وأجر الحضانة والمصاريف كمصاريف التعليم، غير أنه لايجوز للمحكمة أن تطلب من النيابة العامة تحقيق عناصر أخرى فى الدعوى كتاريخ امتناع الزوج عن الإنفاق فتحقيق ذلك منوط بالمحكمة وحدها.

٢- يجب أن يكون دخل المطلوب الحكم عليه بنفقة أو ما فى حكمها محل منازعة جدية، ولم يكن فى أوراق الدعوى ما يكفى لتحديده، فإذا كان فى إمكان القاضى تحديد الدخل من واقع الأوراق المقدمة فى الدعوى ، فلا محل لطلب إجراء التحقيق.

٣- تكليف المحكمة النيابة بإجراء التحقيق الذى يمكنها من تحديد دخل المطلوب الحكم عليه بنفقة أو ما فى حكمها إذا كان الدخل محل منازعة جدية ، وجوبى ، فلا يجوز لها إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات الحالة المالية للمطلوب الحكم عليه بالنفقة أو طلب إجراء التحرى عن دخله.

فقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون أنه : « نصت المادة ٢٣ من مشروع القانون على أن تتولى النيابة العامة مهمة تحديد دخل المطلوب الحكم عليه بنفقة أو ما فى حكمها ، وذلك بدلا من نظام التحريات المعمول به فى القانون القائم والذى ثبت عدم دقته» .

٤- يجب على النيابة العامة بنفسها مباشرة التحقيق الذى تطلبه المحكمة، فلايجوز لها ندب أحد مأمورى الضبط القضائى لإجرائه.

٥- مع عدم الإخلال بأحكام قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ فى شأن سرية الحسابات بالبنوك ، تلتزم أية جهة حكومية أو غير حكومية بإفادة النيابة العامة بما تحت يدها من معلومات ، تكون منتجة فى تحديد دخل المطلوب منه النفقة . ولايجوز استخدام ما تسفر عنه هذه التحقيقات من معلومات فى غير المادة التى أجريت بشأنها.

٦- يجب على النيابة العامة أن تنهى التحقيق وترسله مشفوعا بمذكرة موجزة بالنتائج التى خلصت إليها فى موعد لايجاوز ثلاثين يوما من تاريخ وصول طلب المحكمة إليها.

فيجب أن تبين النيابة فى مذكرتها مصادر دخل المطلوب الحكم بالنفقة عليه ، ومقدارها ، وما إذا كانت مصادر دائمة أو مؤقتة .

وقد تغيا المشرع من نص المادة سالفة الذكر إعطاء النيابة العامة دورا فاعلا فى تحديد دخل الملتزم بالنفقة وإنهاء نظام التحريات الإدارية القائم ، إذ واجه ما كشف عنه الواقع العملى من عدم دقة التحريات الإدارية عن دخل المطلوب الحكم عليه بأداء النفقة وما فى حكمها ..... بما يترتب عليه- فى كثير من الأحيان - ورود معلومات تفتقر إلى الصحة وتتخذ هذه المعلومات أساسا لتحديد دخل المطلوب منه النفقة. فأوجب أن تطلب المحكمة من النيابة العامة إجراء تحقيق يمكنها من بلوغ تحديد الدخل الحقيقى دون إخلال بأحكام قانون سرية الحسابات بالبنوك لأن هذا التحقيق القضائى لاشك يسهم فى الوصول إلى حكم عادل فى دعاوى النفقات(١) .

(١) وقد أصدر السيد النائب العام بصدد المادة (٢٣) الكتاب الدورى رقم (٨) لسنة ٢٠٠٠.

وننشر الكتاب الدورى فيما يلى :

كتاب دوري رقم (٨) لسنة ٢٠٠٠

جمهورية مصر العربية
النيابة العامة
مكتب النائب العام المساعد
مدير التفتيش القضائى

نصت المادة ٢٣ من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه « إذا كان دخل المطلوب الحكم عليه بنفقه أو ما فى حكمها محل منازعة جدية، ولم يكن فى أوراق الدعوى ما يكفى لتحديده ، وجب على المحكمة أن تطلب من النيابة العامة إجراء التحقيق الذى يمكنها من بلوغ هذه التحديد وتباشر النيابة العامة بنفسها إجراء التحقيق فى هذا الشأن .

ومع عدم الإخلال بأحكام قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩١ فى شأن سرية الحسابات بالبنوك ، تلتزم أى جهة حكومية أو غير حكومية بإفادة النيابة العامة بما تحت يدها من معلومات ، تكون منتجة فى تحديد دخل المطلوب منه النفقة.

ولايجوز استخدام ما تسفر عنه هذه التحقيقات من معلومات فى غير المادة التى أجريت بشأنها.

ويجب على النيابة العامة أن تنهى التحقيق وترسله مشفوعاً بمذكرة موجزة بالنتائج التى خلصت إليها فى موعد لايجاوز ثلاثين يوماً من تاريخ وصول طلب المحكمة إليها».

وكانت المادة ١٧٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (الملغاة) تجيز شهادة الاستكشاف فى القضاء بالنفقات فقد جرت على أن: « تكفى شهادة الاستكشاف فى القضاء بالنفقات بأنواعها وأجرة الحضانة والرضاع والمسكن والشروط التى يتوقف عليها القضاء بشئ مما ذكر».

وشهادة الاستكشاف ، هى شهادة الإخبار بالواقعة لمجرد الاستعلام واستطلاع الرأى كإخبار أهل الخبرة والمترجم والمزكى، ولايشترط فيها ما تشترطه الشريعة الاسلامية فى الشهادة من شروط ، ولذلك لايلزم أن تبدأ

وفى ضوء ما تضمنته المادة سالفة البيان من أحكام ندعو السادة أعضاء النيابة إلى إتباع ما يلى :

أولاً : إذا طلبت المحكمة من النيابة العامة إجراء تحقيق لتحديد دخل المطلوب الحكم عليه بنفقه أو ما فى حكمها ، فعلى أعضاء النيابة المبادرة إلى إجراء هذا التحقيق بأنفسهم ، واتخاذ كافة الإجراءات اللازمة للحصول على المعلومات المنتجة فى تحديد هذا الدخل بما فى ذلك سماع الشهود والاستعانة بتحريات الشرطة وطلب المعلومات التى تحت يد أية جهة حكومية أو غير حكومية مع مراعاة الأحكام الخاصة بسرية الحسابات بالبنوك والمنصوص عليها فى القانون ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ المشار إليه.

ولايجوز مطلقاً ندب أحد مأمورى الضبطية القضائية لإجراء هذا التحقيق .

ثانياً : لايجوز استخدام ما يسفر عنه التحقيق من معلومات فى غير الطلب الوارد من المحكمة ، أو إعطاء أية بيانات أو شهادات للغير فى شأنه.

ثالثا : يجب الانتهاء من التحقيق المشار إليه فى البند السابق فى أقرب وقت، وإرساله إلى المحكمة المختصة مشفوعاً بمذكرة موجزة بالنتائج التى خلصت إليها النيابة العامة فى شأن تحديد الدخل موضوع التحقيق، وعلى ألا يتجاوز ذلك ثلاثين يوما من تاريخ وصول طلب المحكمة إليها.

رابعاً : ينشأ بكل نيابة جزئية وبكل نيابة متخصصة للأحوال الشخصية دفتر يخصص لقيد التحقيقات التى تجريها النيابة العامة فى شأن تحديد الدخل بناء على طلب المحكمة، يجرى القيد به بأرقام مسلسلة تبدأ من أول العام الميلادى، وتنتهى بنهايته، وتكون بياناته كما يلى : رقم مسلسل- رقم الدعوى - تاريخ ورود طلب التحقيق من المحكمة أو من النيابة الجزئية- بحسب الأحوال- تاريخ بدء التحقيق - اسم المطلوب تحديد دخله- تاريخ الانتهاء من التحقيق - تاريخ ورقم إرسال الأوراق إلى المحكمة.

والله ولى التوفيق ،،،،

النائب العام

المستشار

(ماهر عبد لواحد)

صدر فى ٢٠٠٠/٥/١٣

بلفظ أشهد ، أو أن يحلف الشاهد اليمين ، أو حضور الشاهد والإدلاء بشهادته فى مواجهة الخصوم.

وهذه الشهادة قد يضطر القاضى إلى اللجوء إليها للاستعانة بها على ما يمكنه من أحكام التقدير فى مواد النفقات وما ألحق بها إذ هى أقرب الوسائل للاهتداء إلى الصواب فى هذه الظروف ، وهى تخضع لتقديره وله التعويل عليها إذا اطمأن إليها أو اطراحها إذا لم يطمئن إليها.

وهذه الشهادة من شأنها التيسير على طالبى النفقة- وغالباً ما يغلب عليهم العجز- فيعجزون عن إحضار البينة بالسرعة التى تتطلبها ظروف قضاياهم.

ويقترب إلى حد ما من الشهادة المذكورة وسائل التحرى التى كان يكلف بها القاضى قلم الكتاب عن دخل المطالب بالنفقة، سواء كان من العاملين بالحكومة أو القطاع العام أو قطاع الأعمال العام أو القطاع الخاص أو من غيرهم ، وقد جرى العرف فى المحاكم على اللجوء إلى هذه الوسائل فى قضايا النفقة، والاقتصار عليها فى بعض الحالات(١) .

وقد جاء بمنشور الحقانية رقم ١٤ فى ١٩٢١/٢/٢٢ أن التحريات الإدارية ليست من الأدلة الشرعية المعول عليها شرعاً ولكن إذا رأى القاضى زيادة للإثبات واطمئناناً لنفسه أن يتثبت بطريق إدارى فى القضية المنظورة أمامه فله ذلك.

وقد ذهبنا فى ظل العمل بالمنشور المشار إليه بأن ما جاء بالمنشور المذكور صحيح ويجب ألا يكون تكوين القاضى لعقيدته عن حال المطالب بالنفقة مستمداً من التحرى فقط ، وإنما يلجأ إليه زيادة فى التثبت فقط.

---

(١)راجع فى التحرى بندر شبين الكوم بتاريخ ١٩٨٨/٢/١٦ الدعوى ١٣٠ لسنة ١٩٦٨ - قويسنا بتاريخ ١٩٨٨/٦/٢٩ الدعوى ٤٠٥ لسنة ١٩٨٧.

(خـامسـا)

ملكية الزوجة للنفقة - هلاك النفقة وسرقتها - تعجيل النفقة - المقـاصـة فى النفقة - امتيـاز دين النـفـقـة - الابراء من النـفـقـة

١٣١ - ملكية الزوجة للنفقة :

النفقة بعد فرضها رضاء أو قضاء تعتبر ملكاً للزوجة، ولها التصرف فيها كما تشاء من بيع وهبة وصدقة... الخ. وإذا ادخرت الزوجة نفقتها أو جزءاً منها فما تدخره حق لها ولا يجوز للزوج المطالبة باسترداده[١].

١٣٢ - هلاك النفقة وسرقتها :

إذا عجل الزوج لزوجته نفقتها عن أى مدة كشهر أو سنة مثلاً، سواء كانت النفقة عيناً أو نقداً، ثم هلكت النفقة أو سرقت، كان هلاكها وسرقتها على الزوجة فلا يلزم الزوج بأداء بدلاً منها إلى الزوجة، لأن نفقتها جزاء احتباسها لمصلحته، وقد تقاضتها منه فلا شأن له بهلاكها أو سرقتها، وهذا بخلاف نفقة الأقارب لأنها صلة، فإذا هلكت نفقة القريب أو سرقت فهلاكها على الملزم بالنفقة[٢].

١٣٣- تعجيل النفقة :

إذا عجل الزوج لزوجته أو مطلقته النفقة المستحقة لها عن مدة مستقبلة

---

(١) شرح فتح القدير جـ٤ ص٣٨٨ - البحر الرائق جـ٤ ص١٧٤.

(٢) شرح فتح القدير جـ٤ ص٣٨٨.

كشهر أو أكثر، ثم حصل خلال هذه المدة ما يوجب عدم استحقاقها للنفقة كنشوزها أو موتها أو زواج المطلقة من آخر، فلا يجوز للزوج أو ورثته استرداد ما عجل من نفقة - ولو كان مازال قائماً مع الزوجة - لأن النفقة وان كان سبب وجودها الاحتباس وقد فات هذا الاحتباس إلا أنها لها شبه بالصلة، وقد غلب الفقهاء شبه الصلة فيما عجل من نفقة، والصلات تملك بالقبض فتكون كالهبة والزوجية مانع من موانع الرجوع فى الهبة. ولذلك يعتبر المطلق متبرعاً بما زاد عن نفقة العدة من نفقة باقي السنة إذا انقضت العدة قبل انتهاء السنة وكان قد عجلها لمطلقته.

وهذا رأى أبى حنيفة وأبى يوسف، والرجح فى المذهب الحنفى(١).

ويجب التفرقة بين تعجيل النفقة للزوجة وبين استيلائها بغير حق على نفقة من زوجها، فالنفقة الأخيرة واجبة الرد للزوج، ومثل ذلك أن تتزوج المطلقة أثناء عدتها دون علم الزوج ثم تستمر فى تقاضى نفقتها منه.

١٣٤- المقاصة فى النفقة :

المقاصة هى استقاط ما على الشخص من دين لآخر نظير ما يساويه مما له من دين على الآخر، ويحدث أن يكون للزوج على زوجته دين، كأن يكون قد أقرضها نقوداً أو باعها شيئاً ولم يسترد القرض أو يقبض الثمن ويريد اسقاط ما عليه من دين نفقتها مقابل ما يساويه من دينه قبلها.

---

(١) أما محمد فيذهب إلى أنه يجوز استرداد ما يقابل المدة الباقية سواء كانت النفقة قائمة أو مستهلكة لأن النفقة وجبت نظير الاحتباس، وقد فات الاحتباس على الزوج فكان له أن يسترد ما يقابل الفائت وهو نفقة المدة الباقية. (البحر الرائق جـ٤ ص١٩١).

والمتفق عليه بين الفقهاء أن الدينين إذا كانا متساويين فى القوة، وقعت المقاصة بينهما إذا طلب ذلك أحد الطرفين ولو لم يرض الطرف الآخر، أما إذا كان الدينان غير متساويين فى القوة بأن كان أحدهما قوياً والآخر ضعيفاً، وقعت المقاصة بطلب صاحب الدين القوى ولو لم يرض الآخر، ولا تقع بطلب صاحب الدين الضعيف إلا بموافقة صاحب الدين القوى.

والأحناف – كما أسلفنا – يرون أن دين النفقة لا يكون قوياً إلا إذا ثبتت بالتراضى أو التقاضى وأذن بالاستدانة واستدانت الزوجة بالفعل، وعلى ذلك فان طلب الزوجة المقاصة يجاب فى الصورة الأخيرة دون رضاء الزوج، أما فى غير هذه الصورة فان المقاصة تتوقف على موافقة الزوج. أما المقاصة من جانب الزوج فإنه يجاب إليها ولو لم ترض الزوجة لأن دينه قوى[١].

ولما كانت المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ قبل تعديلها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ وبعده، قد جعلت دين النفقة ديناً قوياً

---

(١) وعند الأئمة الثلاثة دين النفقة قوى فتقع المقاصة بين الدينين جبراً عند طلب أحد الزوجين دون تفرقة بينهما غير أن الحنابلة يذهبون إلى أن طلب المقاصة إذا كان من الزوجة فانها تجاب إليه بلا شبهة، أما إذا كان من الزوج فلا تجاب إليه من غير رضا الزوجة إلا إذا علم أن لها مالاً تستطيع الانفاق منه على نفسها لأن قضاء الدين يجب أن يكون فى الفاضل من القوت وهذا لا يفضل عنها، ولأن الله تعالى أمر بانظار المعسر بقوله: ﴿وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾.

لا يسـقط إلا بالأداء أو الإبـراء فـإن المقـاصـة تكون اجـبـارية سـواء طلبـهـا الزوج أو الزوجة، فتتم بمجرد طلب أحدهما ولو لم يوافق الآخر.

غير أن الفقرة الثامنة من المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ قد نصت على أن: **«ولا يقبل من الزوج التمسك بالمقاصة بين نفقة الزوجة وبين دين له عليها الا فيما يزيد على ما يفى بحاجتها الضرورية»**.

وقد وضع هذا النص قيداً على المقاصة التى يطلبها الزوج بين نفقة الزوجة وبين دين له عليها، مقتضاه ألا يقضى له بالمقاصة عن كامل نفقة الزوجة، وانما يقتطع جزء يفى بحاجتها الضرورية.

وتحـديد القــدر الذى يفى بحـاجة الزوجة الضـرورية مما يخضع لتقـدير قـاضـى الموضـوع، وهو يستـهـدى فى ذلك بالضـرورة بمستـوى الأسـعـار السـائد.

وهذا الحكم يعد استثناء من القاعدة العامة فى المقاصة، قصد به أن يبقى للزوجة من نفقتها ما يقيم حياتها، ويكفل لها العيش الكريم دفعاً للضرر الذى قد يحيق بها وبالمجتمع[1].

وقد جاء بالمذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أنه:

«ولما كـانت المقـاصـة جـائزة بين أرباب الديون وقـد تكون الزوجـة مدينة لزوجها فانه حماية لحقها فى الحصول على ما يفى بحاجتها وقوائم حياتها

(١) تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن مشروع القانون.

نص المشروع على ألا يقبل من الزوج التمسك بالمقاصة بين نفقة الزوجة وبين دين الزوج عليها الا فيما يزيد على ما يكفيها ويقيم أود حياتها»[١].

١٣٥- امتياز دين النفقة:

نصت المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فى فقرتها الأخيرة على أن: «ويكون لدين نفقة الزوجة امتياز على جميع أموال الزوج، ويتقدم فى مرتبته على ديون النفقة الأخرى»[٢]، وقد جاء بالمذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ عن هذا النص: «كما أن امتياز دين نفقة الزوجة عند تزاحم الديون على الزوج وضيق ماله عن الوفاء بالجميع أمر تقره قواعد فقه المذهب الحنفى[٣] وهذا ما قررته الفقرة الأخيرة من هذه المادة».

(١) وقد ورد نص الفقرة الثامنة من المادة الأولى حرفياً فى الفقرة الثامنة من المادة الأولى عند استبدالها بالقرار بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩.

(٢) وقد ورد هذا النص حرفياً فى الفقرة الأخيرة من المادة الأولى عند استبدالها بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩.

(٣) وان كانت نفقة الزوجية تتميز عن غيرها من النفقات بأنها تستحق للزوجة جزاء احتباسها على ذمة زوجها ولو كانت موسرة ولا تعد من الصلات كنفقة الفروع والأصول والحواشى، إلا أنه لا يوجد فى كتب فقهاء الحنفية نص صريح بأولوية نفقة الزوجية على نفقة الأولاد وسائر الأقارب عند ضيق مال الزوج، بل نجد المذاهب الثلاثة الأخرى تؤكد نفقة الزوجة أكثر من المذهب الحنفى، فقد جعلت منها ديناً يثبت فى الذمة من تاريخ الامتناع عن الانفاق دون توقف على رضاء أو قضاء، وديناً قوياً لا يسقط إلا بالأداء أو الابراء، أما الأحناف فلم يجعلوها ديناً إلا من تاريخ التراضى أو التقاضى، ولا تكون ديناً قوياً لا يسقط الا بالأداء أو الابراء إلا إذا تم التراضى عليها أو صدر حكم بها وأذن للزوجة بالاستدانة واستدانتها بالفعل.

فهذا النص جعل لدين نفقة الزوجة امتياز عام يرد على جميع أموال الزوج من منقول وعقار، ويتقدم فى مرتبته على ديون النفقة الأخرى، فاذا تزاحمت ديون النفقة فان دين نفقة الزوجية يستوفى قبل ديون النفقة الأخرى ولو كان أصحابها من الفروع أو الأصول.

وهذا النص كان يتفق مع المادة الثانية من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ (الملغى) بشأن تعديل أحكام بعض النفقات التى نصت على أنه: «فى حالة التزاحم بين الديون تكون الأولوية لدين نفقة الزوجة أو المطلقة فنفقة الأولاد فنفقة الوالدين فنفقة الأقارب ثم الديون الأخرى».

وأخيرا يتفق هذا النص مع المادة ٧٧ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ التى تقضى بأن: « فى حالة التزاحم بين الديون تكون الأولوية لدين نفقة الزوجة أو المطلقة ، فنفقة الأولاد، فنفقة الوالدين، فنفقة الأقارب ، ثم الديون الأخرى».

= **وفى هذا أفتت دار الافتاء المصرية بتاريخ ١٩٣٠/١٢/٧ بأن**: «نفيد أولاً: بأننا لم نجد فى كتب فقهاء الحنفية نصاً صريحاً بأولوية نفقة الزوجة على نفقة الأولاد عند ضيق مال الزوج عنها ولكن جرى بعض المفتين على تقديم نفقة الزوجة فى هذه الحالة على نفقة الأولاد ومنهم المغفور له أستاذنا الامام الشيخ محمد عبده مفتى الديار المصرية سابقاً فقد أفتى بتاريخ ٢٤ شعبان سنة ١٣٢١ تحت ٢٠٢ فتاوى بذلك استنتاجاً مما قاله الفقهاء فقد قال أن نفقة الزوجة تجب بالعقد وهى ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول ويحبس الزوج عليها متى كانت بالقضاء أو الرضا ولا تسقط بعد ذلك بمضى المدة على ما عليه العمل لأنها جزاء الاحتباس ولذلك تجب لها على الزوج ولو كانت غنية إلى أن قال ومنه يبين أن منزلة نفقة الزوجة أرقى من منزلة نفقة الابن أ. هـ. وما أفتى به الأستاذ الامام وغيره من المفتين موافق لما نص عليه فى غير مذهب علمائنا الحنفية فينبغى الأخذ بهذا فى هذه الحالة... الخ».

١٣٦- الابراء من النفقة:

المقــرر شــرعاً أن الابراء لا يكون إلا عن دين ثابت فى الذمـة، فنفـقـة الزوجـيـة لا يجـوز الابــراء عنهــا إلا إذا صــارت دينــاً فى ذمــة الــزوج. والمذهب الحنفى - كما أسلفنا - لا يعتبر - عكس المذاهب الثلاثة نفقة الزوجة ديناً فى الذمة إلا بعد فرض النفقة، وفرضها يكون بالتراضى عليها أو بصدور حكم بها.

وعلى ذلك إذا تجمد للزوجة على زوجها نفقة عن مدة ماضية فلا يصح - عند الحنفية - ابراء الزوجة عنها إلا إذا كانت مفروضة بالرضاء أو القضاء، فان لم تكن كذلك لا يصح الابراء عنها لأنها لم تثبت ديناً فى الذمة، ويكون الابراء عنها باطلاً.

أما بالنسبة للنفقة المستقبلة، فلا يصح الابراء عنها بالاتفاق لأنها لم تجب بعد وفى حكم المجهول، والابراء اسقاط لدين وجب الوفاء به، فيكون الابراء عنها اسقاط للدين قبل وجوبه فلا يجوز، وإذا حصل وقع باطلاً.

وانما يستثنى من ذلك النفقة المستقبلة التى فرضت بالتراضى أو بحكم القاضى عن مدة واحدة من المدة التى قررت فيها النفقة، سنة أو شهر أو أسبوع، أو يوم. بشرط أن تكون تلك المدة بدأت بالفعل لأنه إذا كانت النفقة قررت كل شهر مثلاً، وبدأ الشهر فعلاً فقد وجبت النفقة فيه فيصح الابراء، لأنه يجب تنجيز النفقة فى أول المدة.

فالنفقة لما فرضت كل شهر فانها فرضت لمعنى يتجدد بتجدد الشهر. فما لم يتجدد الشهر لا يتجدد الفرض وما لم يتجدد الفرض لا تعتبر نفقة الشهر الثانى واجبة، ولا يصح الابراء عما بعد الشهر الأول، فلو أبرأت الزوجة زوجها عن نفقة سنة من النفقة المستقبلة، وقد بدأ الشهر الأول فلا يصح الابراء إلا عن نفقة الشهر الأول ويبطل الابراء عما بعده[١].

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص٥٨٦ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق جـ٤ ص١٨٧ - الدكتور محمد مصطفى شلبى فى أحكام الأسرة ص٤٧٢.

وقد جاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وعدل المعمول به فى مذهب الحنفية فى دين النفقة الزوجية وأخذ بمذهب الأئمة الثلاثة: مالك والشافعى وأحمد واعتبر نفقة الزوجة دينا فى ذمة الزوج من وقت امتناعه عن الانفاق على زوجته مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض بينهما ولا يسقط إلا بالأداء أو الابراء، فقد نصت المادة الأولى من القانون على أن: «تعتبر نفقة الزوجة التى سلمت نفسها لزوجها ولو حكماً ديناً فى ذمته من وقت امتناع الزوج عن الانفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض منهما ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الابراء» كما نصت تلك المادة فى فقرتها السادسة بعد استبدالها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أن «وتعتبر نفقة الزوجة ديناً على الزوج من تاريخ امتناعة عن الانفاق مع وجوبه، ولا تسقط إلا بالأداء أو الابراء»(١).

ومن ثم فان القانون المذكور على هذا النحو قد أجاز الابراء عن النفقة الماضية ولو لم تفرض رضاء أو قضاء(٢)، أما البطلان فلا يزال قائماً عن النفقة المستقبلة عدا ما استثنى.

أما بالنسبة للابراء عن نفقة العدة، فشأنها شأن النفقة الزوجية بصدد متجمد النفقة الماضية، فقد أصبح الابراء عنها جائزاً منتجاً

---

(١) وقد ورد هذا النص عند استبدال المادة بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المقضى بعدم دستوريته.

(٢) فى هذا المعنى على حسب الله فى مؤلفه الزواج فى الشريعة الإسلامية ص١٩٧ - الدكتور محمد على محجوب فى مؤلفه الشريعة الإسلامية ص٤٢٣ - وقارن المستشار صلاح الدين زغو ص١٦٩ فقد عرض لأحكام الابراء فى النفقة الماضية بما يطابق المذهب الحنفى ولم يعرض لأثر المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠.

لأثـره ولـو لم تفـرض رضـاء أو قـضـاء، بعـد العـمـل بالقـانـون رقـم ٢٥ لسـنة ١٩٢٠ لأن نفقة العدة أصبحت بموجبه كالنفقة الزوجية ديناً في ذمة المطـلق من وقت الامتنـاع عن الانفـاق مع وجـوبه ولا تسـقط الا بالأداء أو الابراء (م٢).

أما بالنسـبة للنفقـة المسـتقبلة، وهى التى يحصـل الابـراء عنها عنـد الطـلاق وقبـل ثبوت العدة والنفقة للمرأة، فان الابراء عنها جائز اسـتثنـاء فى حـالة الطـلاق على الابراء من نفقة العدة، أى عندما يطلق الرجل المرأة على أن تبرئه من نفقة العدة، لأنه ابراء بعوض، هو تخليص المرأة من عقدة الزواج، فكأنها استوفت النفقـة باسـتيفاء بـدلهـا والاستيفاء قبل الوجوب جائز شـرعاً.

أما فى غير الطلاق على الابراء، فهو اسقاط محض، واسقاط الشئ قبل وجوبه غير مقبول فلا يجوز[١].

ويشترط لصحة الابراء، أن ينص على الابراء صراحة أو ضمناً، وأن يكون الابراء مبيناً على طلب الطلاق، وأن يقع الطلاق فور الابراء بأن يتحد مجلس الابراء والطلاق[٢].

وعلى ذلك إذا أبرأت الزوجة زوجها من الحق والمستحق وكل ما لها طرفه بمقتضى ورقة عرفية قبل تاريخ الطلاق لم تسقط نفقة العدة لعدم تحقق الشروط عنها[٣].

---

(١) حاشية ابن عابدين، جـ٣، ص٥٨٦ - الدكتور عبدالرحمن تاج، ص٣٤٢ هامش (١).

(٢) حاشية ابن عابدين، جـ٣، ص٥٦٧.

(٣) طهطا الشرعية فى ١٩٥٠/١١/١٩ - الدعوى ٦٩٥ لسنة ١٩٥٠.

وإذا اختلعت المرأة بكل حق لها على الرجل، فلها الحق فى النفقة مادامت فى العدة، لأنها لم تكن لها حق حال الخلع. وإذا اختلعت بكل حق للنساء على الرجال قبل الخلع وبعده فان النفقة تسقط.

(أنظر أحكام الخلع فى الشريعة والقانون بالكتاب الرابع)

ويشترط أن تكون الزوجة عاقلة بالغة رشيدة، وسن الرشد المالى فى المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ هو (٢١) سنة ميلادية، سواء كان الابراء من نفقة الزوجية أو نفقة العدة.

فإذا لم تتحقق هذه الشروط لا تسقط نفقة المرأة وان طلقها الزوج بعد هذا الابراء[١].

---

(١) **تفصيل فى الإبراء:**

لو طلقت المرأة نظير الابراء من نفقة العدة (الغذاء) والسكنى، صح الابراء فى النفقة ووقع الطلاق ولم تصح فى السكنى، لأن سكنى المطلقة زمن العدة فى البيت الذى كانت تسكنه وقت الطلاق واجب يلزم به المطلق وهو حق الشرع، فلا تملك الزوجة ابراء زوجها عنه، إلا إذا كان ذلك البيت ملكاً لها، أو التزمت أن تسكنه وتدفع أجرته من مالها، فانه يصح حينئذ أن تبرئ الزوج من هذه الأجرة، وبذلك لا يموت حق الشرع.

(العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية جـ١، ص٥١ وما بعدها - الدكتور محمد مصطفى شلبى فى أحكام الأسرة فى الإسلام، ص٥٦٧).

غير أننا سنرى أن بعض الفقهاء أجازوا للمطلقة - فى الآونة الحاضرة - الخروج من منزل الزوجية للاعتداد فى بيت أهلها نزولاً عن حكم الضرورة، لأن الطلاق أصبح يتم بين المنازعات والمخاصمات مما يتعذر معه بقاء المطلقة فى مكان واحد مع مطلقها حرصاً على حياتها ومالها.

(أنظر فى التفصيل الكتاب الرابع)

وعلى ذلك فأخذاً بهذا الرأى الذى نؤيده - يصح طلاق المرأة نظير الابراء من نفقة العدة (الغذاء) والسكنى أيضاً.

وقد افتت دار الافتاء المصرية بأن:

«تقضى المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ببعض أحكام الأحوال الشخصية المأخوذة من فقه بعض المذاهب الإسلامية من غير فقه مذهب أبي حنيفة (بأن تعتبر نفقة الزوجة التي سلمت نفسها لزوجها ولو حكما دينا في ذمته من وقت امتناع الزوج عن الانفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض منهما، ولا يسقط دينها الا بالأداء أو الابراء). وبهذا صارت نفقة الزوجة ديناً صحيحاً ثابتاً في ذمة زوجها من وقت الامتناع فيرد عليها الابراء صحيحاً وبما أنه تبين من الاطلاع على صورة الحكم المرقوم أن الطالبة قد طلقت نفسها من زوجها نظير الابراء من كافة الحقوق الزوجية بمقتضى تفويضه اياها في الطلاق نظير هذا الابراء، وأنه حضر أمام المحكمة وأقر بصحة كل ذلك. وقضت المحكمة باثبات الطلاق من ١٩٧٨/١١/٢٣ طلقة بائنة نظير الابراء من كافة حقوق الزوجية. وبما أن فقه المذهب الحنفي الذى يجرى عليه القضاء في هذه الواقعة بالأعمال للمادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية يقضى بأن ابراء الزوجة من كافة حقوق الزوجية وطلاقها في نظير هذا مسقط لحقها في المهر والنفقة الزوجية المستحقة قبل وقوع هذا الطلاق. أما نفقة العدة التي تبدأ بالطلاق فلا تسقط إلا إذا شملها الابراء صراحة. ولما كان الظاهر من السؤال وصورة الحكم المشار إليه أن الابراء لم يشمل نفقة العدة وانما كان من كافة حقوق الزوجية التي تنحصر فيما كان قائماً من حقوق بسبب عقد الزواج وقت هذا الطلاق نظير الابراء ومن ثم فانه في هذه الواقعة يسقط حق السائلة في نفقة الزوجية المستحقة حتى ١٩٧٨/١١/٢٢ وفي مؤجل الصداق ان كان. وتستحق فقط نفقة العدة بجميع أنواعها من تاريخ هذا الطلاق ١٩٧٨/١١/٢٣ حتى

انقضائها شرعاً أو إلى غايتها قانوناً. ومن هذا يعلم جواب السؤال. والله سبحانه وتعالى أعلم» .

(فتوى صادرة بتاريخ ١٩٧٩/٤/٩ فى الطلب رقم ١٣٢ لسنة ١٩٧٩)

كما قضى بأن:

« ... ويشترط لصحة الابراء «من نفقة العدة» أن ينص على النفقة صراحة أو ضمنا بعبارة تشملها وقت حصول الابراء وأن يكون الابراء مبنياً على طلب الطلاق وأن يتحد مجلس الطلاق والابراء وأن يقع الطلاق فور الابراء.

وحيث أنه بالبناء على ما تقدم وإذ كان الثابت من اشهاد الطلاق المقدم من المدعى عليه أن المدعية قد أبرأته من مؤخر صداقها ونفقة عدتها ومن كافة حقوقها الشرعية قبله وسألته طلاقها على ذلك فأجابها على ذلك على الفور بمجلس الطلاق والابراء بقوله: «أنت طالق منى على ذلك» ، ومن ثم يكون الابراء جائزاً على ذلك وقد تحققت شروطه على الشرح والترتيب السابقين.

ويضحى دعوى المدعية بشأن نفقتها غير قائمة على سند سديد من الواقع والقانون خليقة بالرفض» .

(بركة السبع الجزئية بتاريخ ١٩٨٧/١٢/٨ الدعوى رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨٧ - ذات المعنى فى ١٩٨٧/١٢/٢٩ الدعوى رقم ١٥٦ لسنة ١٩٨٦).

(سادسا)

حالات استحقاق الزوجة للنفقة

١٣٧ - *النص القانوني:*

تنص المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ (مستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥) على أن:

«تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكما حتى لو كانت موسرة أو مختلفة معه في الدين.

ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة. وتشمل النفقة... الخ».(١)

١٣٨ - (١) *الزوجة الموسرة:*

نصت المادة على وجوب النفقة للزوجة على زوجها ولو كانت موسرة. فليس ليسار الزوجة أثر على استحقاقها النفقة، كما أنه ليس له أثر على تقديرها. ولئن كان الأصل المقرر شرعاً أن من كان ذا مال فنفقته في ماله، إلا أن الزوجة استثنيت من هذا الأصل، فالزوجة ان كانت ذات مال فنفقتها على زوجها، لأن سبب استحقاق النفقة هو احتباسها على ذمة زوجها بموجب العقد الصحيح، والاحتباس متحقق في الغنية والفقيرة، كما أن الله تعالى جعل القوامة على المرأة للرجل، وهذا يستلزم أن يكون الرجل هو المكلف بالانفاق على المرأة ولو كانت موسرة، فقد قال تعالى: ﴿الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم﴾.

---

(١) وقد ورد هذا النص حرفياً تقريباً بالمادة الأولى عند استبدالها بالقرار بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩.

١٣٩ - (٢)- الزوجة غير المسلمة :

نصت المادة على وجوب النفقة للزوجة على زوجها ولو كانت مختلفة معه فى الدين.

وهذا ما يتفق وأحكام الشريعة لأن سبب وجوب نفقة الزوجة - كما أسلفنا - هو احتباسها على ذمة زوجها بموجب العقد الصحيح، وهذا الاحتباس يتحقق سواء كانت متفقة مع الزوج فى الدين أو مختلفة معه فيه.

وعلى ذلك يلتزم الزوج بالانفاق على زوجته غير المسلمة إذا كانت تدين بدين سماوى، كاليهودية والمسيحية.

أما إذا كانت الزوجة تدين بدين غير سماوى كالبهائية أو البوذية أو لا تعتنق ديناً كالملحدة، فإن الزواج - كما أوضحنا فى موضعه - لا ينعقد أصلاً ويكون باطلاً، ومن ثم لا تستحق الزوجة نفقة لأن من شروط استحقاق النفقة الزوجية أن يكون عقد الزواج صحيحاً.

وإذا تزوجت المسلمة بغير المسلم، كان زواجها باطلاً، لأن زواج المسلمة بغير المسلم باطل ولا تستحق الزوجة النفقة بالتالى.

١٤٠- (٣)- الزوجة المريضة :

نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى على أن: «ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة».

والفقرة وان لم تفرق بين مرض الزوجة قبل الزفاف ومرضها بعده، إلا أنه يبين من الربط بينها وبين الفقرة الأولى من المادة أن هذه التفرقة قائمة، فقد نصت الفقرة الأخيرة على أن: «تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكما... الخ».

ومعنى ذلك أن الزوجة إذا كانت لم تزف إلى زوجها ثم مرضت، وكان مرضها لا يمنعها من تسليم نفسها إلى زوجها إذا دعاها إلى طاعته، كان لها الحق في النفقة، أما إذا كان مرضها يمنعها من ذلك فإن التسليم لا يكون قد تحقق لا حقيقة ولا حكما ولا تستحق النفقة.

أما إذا كانت الزوجة قد سلمت نفسها إلى زوجها أى زفت إليه ثم مرضت لديه، فانه يلزم بنفقتها، وان منع مرضها من المعاشرة الجنسية، وذلك لأن الاحتباس فى هذه الحالة متحقق وأحكام الزواج يمكن استيفاؤها فى الجملة والمعاشرة الجنسية ليست هى الهدف الوحيد من الزواج وانما من أهدافه الائتناس بالمرأة ومحافظتها على بيته.

أما إذا تركت المرأة مسكن الزوجية وأقامت لدى أهلها للعلاج ثم دعاها إلى الحضور إلى مسكنه فأبت، فانها إذا كانت غير قادرة على العودة لم تسقط نفقتها. أما إذا كانت قادرة على العودة فان نفقتها تسقط لا لمرضها، وانما لنشوزها فهى بعدم عودتها إلى منزله رغم قدرتها تعتبر ناشزاً عن طاعته.

ومما يفصح عن أن النص فرق بين الزوجة المريضة التى لم تزف إلى زوجها وتلك التى زفت، **ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ تعليقاً على هذا النص:**

«ومن المقرر لدى جميع الفقهاء أن الزوجة المريضة إذا لم تزف إلى زوجها لا تستحق نفقة قبله فى حالة عجزها عن الانتقال إلى منزل الزوجية».

وأن الفقرة المذكورة قد وردت حرفياً بالمادة بعد تعديلها بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ - المقضى بعدم دستوريته - **وقد جاء عنها بتقرير اللجنة المشتركة من اللجنة التشريعية ومكتب الشئون الاجتماعية والأوقاف والشئون الدينية ما يأتى:**

«... وقد أخذ المشروع بما هو متفق شرعاً عليه من أن الزوجة المريضة التى لم تزف إلى زوجها لا تستحق نفقة قبله فى حالة عجزها عن الانتقال لمنزل الزوجية».

ويثور التساؤل عما إذا كانت الزوجة المريضة تستحق النفقة إذا كان مرضها يحول دون استيفاء مقاصد الزواج منها ولو فى الجملة، كما لو كان مرضها يفقدها الوعى بصفة دائمة.

والرأى عندنا أن المنصوص عليه فى المذهب الحنفى الذى استمد حكم استحقاق الزوجة المريضة للنفقة من الراجح منه، أن علة استحقاق الزوجة المريضة النفقة هو امكان استيفاء مقاصد الزواج منها ولو فى الجملة فاذا غابت هذه الحالة فان نفقة الزوجة المريضة تسقط، لاسيما وأن هناك رأياً فى الفقه الحنفى يقول بذلك، فقد جاء بشرح فتح القدير جـ٤ ، ص٣٨٦:

«وقال الحلوانى: قالوا إذا مرضت مرضاً لا يمكن الانتفاع بها بوجه من الوجوه تسقط النفقة وان كان مرضاً يمكن الانتفاع بها بنوع انتفاع لا تسقط، وهذا تقييد للأول»[(١)].

وجاء بظاهر الرواية فى المذهب الحنفى، أن مثل المرض العيوب التى تمنع من الجماع كالرتق والقرن والكبر المانع من الجماع، فللزوجة فى كل هذه الحالات النفقة لأنها لا تعد ناشزاً بوجود سبب من هذه الأسباب وانما وجبت النفقة حينئذ لاستيفاء ما هو من مقاصد النكاح من الاستئناس والاستمتاع بالدواعى[(٢)].

---

(١) قارن الاستاذ محمد أبو زهرة فى الأحوال الشخصية - قسم الزواج ص٢٣٢. فهو يرى وجوب النفقة فى هذه الحالة لأنه المتفق مع معنى الزوجية وغايتها السليمة.

(٢) وذهب أبو يوسف إلى أنه لا نفقة للرتقاء التى لا يمكن وطؤها قبل أن تزف، وان زفت من غير رضاه ردها إلى أهلها وإذا زفت مع علمه يعيبها لم يردها. «العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية، جـ١ ، ص٧٧».

وفى هذا افتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ ١٩٦٤/٧/٤ فى الطلب رقم ٣٨٧ لسنة ١٩٦٤ بأن :

«نفقة الزوجة تجب بالعقد الصحيح. وإذا مرضت وزفت إلى بيت الزوج وهى مريضة فلا تسقط نفقتها ولو كان المرض شديداً لثبوت الاستمتاع بأغلب ثمرات الزوجية لتحقق شرط وجوب النفقة بالتسليم ولأن وجودها فى بيت الزوج فيه نفع له على كل حال ثم إذا نقلت إلى بيت أبيها مريضة أو ذهبت إليه لبعض الشئون ولم تخرج من بيت الزوج ناشزة فلا تسقط نفقتها إلا إذا دعاها الزوج إلى منزله فامتنعت بغير حق وبدون عذر لأنها تكون حينئذ ناشزة. أما إذا كان الامتناع بحق أو بعذر فلا تسقط نفقتها لأنها لا تعد ناشزة بذلك. ومما ذكر يعلم الجواب عن السؤال».

ونفقة الزوجة المريضة تشمل كافة أنواع النفقة التى سبق ذكرها ومنها مصاريف العلاج.

وقد استمد المشرع حكم عدم استحقاق الزوجة المريضة قبل الزفاف للنفقة من رأى جمهور الفقهاء، وحكم استحقاقها للنفقة إذا مرضت بعد الزفاف من الراجح من المذهب الحنفى، عدا استحقاقها مصاريف العلاج فمصدره مذهب الزيدية وما تقتضيه نصوص فقه الامام مالك[1].

١٤١- (٤)- الزوجة المجنونة :

نصت المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ (المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥) على أن مرض الزوجة لا يمنع من استحقاقها للنفقة، ولم تبين حكم نفقة الزوجة المجنونة، وذلك باعتبار الجنون مرضاً يصيب العقل، ومن ثم يسرى على الزوجة المجنونة حكم الزوجة المريضة مع التفرقة بين جنون الزوجة السابق على الزفاف وجنونها اللاحق له. فتستحق الزوجة

---

(١) الدكتور عبدالعزيز عامر - الأحوال الشخصية - الزواج ص٢١٨ وما بعدها.

التى جنت بعد الزفاف النفقة من زوجها، وهذا ما ذهب إليه فقهاء المذهب الحنفى فقد ساووا بينها وبين الزوجة المريضة[١]. ذلك أن الاحتباس قائم ويمكن استيفاء مقصود الزواج منها فى الجملة.

أما إذا كان جنون الزوجة يصحبه هياج وأذى ويحول دون تحقق مقاصد الزواج فى الجملة، أو استدعت حالتها احتجازها باحدى المصحات لفترة طويلة، فانه يكون قد فات على الزوج احتباسها على ذمته بما يحقق مقاصد الزواج أو بعضها، وتسقط عنه نفقتها.

ولذا نجد العلامة ابن عابدين يذكر فى حاشيته أن الزوجة المجنونة إذا كانت تضرب وتؤذى زوجها فانها تعتبر فى حكم الناشزة[٢].

وترتيبا على ما تقدم قضت محكمة الجمالية الجزئية الشرعية بتاريخ ١٩٣٩/٤/١٥ فى الدعوى رقم ٣٧٠٧ لسنة ١٩٣٦ بأن:

«جاء فى التتارخانية أن المجنونة تستحق النفقة إذا لم تمنع نفسها بغير حق، ومعنى ذلك أنها تستحقها إذا كانت بحالة لا يخشى على زوجها منها بأن كانت بحالة هادئة غير هائجة وغير ضارة - فإذا كانت بحالة من الثوران والهيجان الذى يكون مظنة لوقوع الأذى بزوجها كما فى حالة هذه الزوجة

---

(١) بدائع الصنائع جـ٤ ص٢٠ - شرح فتح القدير جـ٤ ص٣٨٦.

(٢) فقد جاء فى حاشيته جـ٣ ص٢٠٥ فى باب القسم ما يأتى:

« قوله ومجنونة لا تخاف» بضم التاء أى لا يخاف منها الزوج بأن كانت لا تضرب ولا تؤذى لأنها حينئذ تجب عليه نفقتها وسكناها والا فهى فى حكم الناشزة ».

المريضة فانها لا تستحق عليه النفقة، ولذلك يقول العلامة ابن عابدين في باب القسم عن قول المصنف، ومجنونة لا تخاف، أي لا يسقط حقها في نصيبها من بيتوتة وغيرها، قال العلامة المشار إليه ما نصه: «أي يخاف منها الزوج بأن كانت لا تضرب ولا تؤذى لأنها حينئذ تجب عليه نفقتها واسكانها والا فهي في حكم الناشز أ.هـ». وهو صريح في أن حكم المجنونة التي يخشى منها الضرر على زوجها كحكم الناشز من جهة عدم استحقاقها النفقة على زوجها مادامت على حالتها المشار إليها ومن هذا التحليل يعلم أن هذه المريضة لا تستحق نفقة على زوجها من يوم أن دخلت مستشفى الأمراض العقلية».

(سابعاً)

حالات عدم استحقاق الزوجة للنفقة

١٤٢ - (١) الزواج غير الصحيح :

الزواج غير الصحيح - كما أوضحنا فى موضعه - هو الزواج الباطل والفاسد.

وهذا الزواج يوجب المتاركة، ومن ثم لا تستحق الزوجة بموجبه نفقة على زوجها. فمن شروط استحقاق النفقة أن يكون هناك عقد زواج صحيح.

ولو أنفق الزوج على زوجته مدة ثم تبين بطلان الزواج أو فساده بأن ثبت أن زوجته اخته من الرضاعة مثلاً، فله أن يرجع عليها بما أنفق إذا كانت النفقة قد فرضت قضاء، لأن القضاء قد ألزمه بهذه النفقة وقد تبين أنها غير مستحقة لها. أما إذا كان قد أنفق عليها دون فرض من القضاء فلا رجوع له عليها لاحتمال أنه متبرع بها فيرجح هذا الاحتمال لشبه النفقة بالصلة[1].

١٤٣- (٢) الزوجة المرتدة :

نصت الفقرة الرابعة من المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ (المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥) على أن:

«ولا تجب النفقة للزوجة إذا ارتدت»[2].

والزوجة المرتدة هى الزوجة المسلمة التى تخرج عن دين الإسلام، سواء باعتناق دين سماوى آخر (المسيحية أو اليهودية) أو خروجها إلى لا دين.

---

(١) جامع الفصولين جـ١ ص١٩١.

(٢) وقد ورد هذا النص حرفياً بالمادة عند تعديلها بالقرار بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩.

وقد اتفق فقهاء المذهب الحنفى على أن ردة الزوجة تفسخ عقد زواجها دون حاجة إلى قضاء[1]. ومن ثم فان الزوجة لا تستحق نفقة بعد ردتها لأن النفقة تجب فى العقد الصحيح القائم.

ويعامل معاملة الردة اعتناق الزوجة الكتابية ديناً غير سماوى أو إذا أصبحت ملحدة لا تعترف بدين.

وحكم المرتدة أن تحبس حتى تعود إلى الإسلام أو تموت، وإذا تابت المرتدة وأسلمت وهى فى العدة فان نفقتها لا تعود بخلاف الناشزة لأنه بردتها بطلت نفقتها بالفرقة، ومتى بطلت لا تعود، أما النشوز فهو أمر عارض لا يبطل النفقة وانما يسقطها مؤقتاً فإن عادت إلى طاعة الزوج عادت النفقة[2].

١٤٤ - (٣) امتناع الزوجة مختارة عن تسليم نفسها دون حق :

نصت الفقرة الرابعة من المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥) على أن: **«ولا تجب النفقة للزوجة إذا ارتدت، أو امتنعت مختارة عن تسليم نفسها دون حق... الخ»**[3].

---

(١) ويذهب مالك إلى أن المرأة إذا ارتدت تريد فسخ الزواج لم يترتب على ردتها طلاق أو فسخ – وقد أفتى بعض مشايخ بخارى أن المرأة تجبر على الإسلام وعلى تجديد العقد بمهر يسير، حتى لا ينفتح للنساء باب الخلاص من الأزواج بالردة وانه لشر مستطير، وهذا ما أفتت به دار الافتاء المصرية بتاريخ ١٩٥٥/١١/٥.

وقد أُفتى بعض مشايخ بلخ – وتبعهم بعض علماء سمرقند بعدم وقوع الفرقة بردتها، رداً لقصدها السيء وسدا لباب الخلاص من الأزواج بالردة «الأستاذ على حسب الله فى الفرقة بين الزوجين ص١٧٥».

(٢) الدكتور محمد مصطفى شلبى فى أحكام الأسرة فى الإسلام ص٤٤٩.

(٣) وقد ورد هذا النص حرفياً تقريباً بالمادة عند تعديلها بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩.

فإذا امتنعت الزوجة مختارة أى برضاها عن تسليم نفسها لزوجها حقيقة أو حكماً دون حق، فانها تكون ناشزاً، والنشوز مسقط للنفقة.

أما إذا كان امتناعها بحق، لم يكن هذا الامتناع مسقطاً لنفقتها لأنها لا تكون بهذا الامتناع ناشزاً. ومثل ذلك ألا يكون الزوج قد أوفاها عاجل صداقها، أو دعاها إلى طاعته دون أن يعد لها مسكن الطاعة بشروطه الشرعية، وسنتناول النشوز تفصيلاً فى موضعه ان شاء الله.

١٤٥- (٤) اضطرار الزوجة إلى عدم تسليم نفسها بسبب ليس من قبل الزوج:

نصت الفقرة الرابعة من المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ (المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥) على أن: **«ولا تجب النفقة للزوجة... أو امتنعت عن تسليم نفسها دون حق، أو اضطرت إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج... الخ»**[١].

فيشترط لعدم وجوب النفقة للزوجة فى هذه الحالة توافر عنصرين:

الأول: اضطرار الزوجة إلى عدم تسليم نفسها إلى زوجها. فيخرج عن هذه الحالة، الامتناع الاختيارى عن تسليم نفسها إلى الزوج، ويدخل فى الحالة السابقة.

الثانى: أن يكون اضطرار الزوجة إلى عدم تسليم نفسها لسبب ليس من قبل الزوج.

فلا يكفى أن يكون الاضطرار لسبب خارج عن ارادتها، وانما يجب ألا يكون هذا السبب من قبل الزوج[٢]، وعلى ذلك تسقط نفقتها إذا كان

---

(١) وقد ورد هذا النص حرفيا فى المادة عند تعديلها بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩.

(٢) وقد اقترح السيد رئيس مجلس الشعب حال مناقشة المادة بالمجلس استبدال عبارة: «... واضطرت إلى ذلك لسبب خارج عن ارادتها» بعبارة: «بسبب ليس من قبل الزوج»، وقال شرحاً لاقتراحه: «بالنسبة للفقرة التى تنص على: «ولا

سبب اضطرارها إلى عدم تسليم نفسها سبباً أجنبياً عنها طالما لا يرجع هذا السبب إلى الزوج، كوجودها فى منطقة موبوءة أغلقت بسبب الوباء، أو وجودها فى الخارج وانقطاع المواصلات بسبب الحرب.

وقد أوردت المذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أمثلة لاضطرار الزوجة إلى عدم تسليم نفسها بسبب ليس من قبل الزوج، وهى حبسها ولو بغير حكم أو اعتقالها أو منع أوليائها لها من القرار فى بيت الزوجية.

ونضيف للأمثلة السابقة اضطرار الزوجة المغصوبة إلى عدم تسليم نفسها.

تجب النفقة للزوجة إذا ارتدت أو امتنعت مختارة عن تسليم نفسها دون حق أو اضطرت إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج» وانى أود أن أوضح لحضراتكم أن هناك نقطة مهمة جداً وهى أنه لو فرض أن هناك سيدة وقع لها حادث ونقلت إلى المستشفى، والحادث ليس بسبب من قبل الزوج، فهذا النص يسقط النفقة عنها لأنها امتنعت عن تسليم نفسها لسبب ليس من قبل الزوج، كما أنه لو فرض أن الزوجة كانت فى منطقة موبوءة أغلقت لوجود مرض فيها، فلم تستطع الخروج، ولذلك فالاقتراح المقدم «... واضطرت إلى ذلك لسبب خارج عن ارادتها» أى أن هناك قوة قهرية فى الوضع فى هذه الحالة.

ولم يوافق المجلس على هذا الاقتراح.

«مضبطة المجلس - الطبعة المؤقتة - الجلسة ٩٨ بتاريخ ١٩٨٥/٧/٢، ص٢٤».

ويلاحظ أن المثال الأول الذى ذكره رئيس المجلس وهو وقوع حادث لسيدة ونقلها إلى المستشفى لا يسقط نفقتها باعتبارها مريضة عملاً بالفقرة الثانية من المادة التى تجرى على أن: «ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة».

وكان النص كما ورد فى الاقتراح بمشروع القانون كالآتى:

«ولا تجب النفقة للزوجة إذا ارتدت أو امتنعت مختارة بدون حق أو بسبب يعود إليها عن الدخول فى طاعته»، ولكنه عدل باللجنة المشتركة بالمجلس.

وستتناول الأمثلة السابقة جميعاً بالتفصيل ثم نعرض لحكم الزوجة الصغيرة ثم الزوجة المسافرة.

١٤٦- (٥) حبس الزوجة أو اعتقالها :

لا تستحق الزوجة النفقة إذا حبست أو اعتقلت لسبب لا يرجع إلى الزوج، فاذا كان حبسها أو اعتقالها بناء على اتهام موجه لها من الزوج فان حبسها أو اعتقالها يكون بسبب من قبله.

ويستوى أن يكون الحبس أو الاعتقال قبل الزفاف أو بعده.

ولا يشترط أن يكون الحبس بناء على حكم القضاء.

وهذا الحكم يتفق مع رأى الامام محمد وهو المختار للفتوى فى المذهب الحنفى. فطبقاً لهذا الرأى لا تستحق الزوجة النفقة إذا حبست أو اعتقلت ولو ظلماً فى حق لغير الزوج، لفوات الاحتباس بسبب لا دخل للزوج فيه، سواء كانت مماطلة فى أداء ما عليها من الحق أو كانت عاجزة عن الأداء(١).

أما إذا حبست فى حق عليها للزوج فلا تسقط نفقتها فى القول الصحيح، لأن فوات الاحتباس حينئذ بسبب من جهته، وكذلك لا تسقط نفقتها إذا كان الزوج هو المحبوس، سواء كان حبسه فى حق لأجنبى أم للزوجة نفسها أم كان حبسه ظلماً ولا دخل للزوجة فيه.

١٤٧- (٦) منع ولى الزوجة لها من القرار فى بيت الزوجية :

إذا منع ولى الزوجة موليته من القرار فى بيت الزوجية فإن الزوجة تكون مضطرة إلى عدم تسليم نفسها للزوج، ولكن هذا الاضطرار لسبب ليس من جهة الزوج، ومن ثم تسقط نفقتها.

---

(١) شرح فتح القدير - جـ٣ - ص٣٨٥.

أما إذا كان منع الولى لها بحق، كما لو كان الزوج لم يوف لها عاجل صداقها قبل أن تزف، فان نفقتها لا تسقط لأن اضطرارها إلى عدم تسليم نفسها للزوج يضحى لسبب من جهته.

١٤٨- (٧) الزوجة المغصوبة :

إذا أخذ رجل الزوجة كرهاً عنها وغيبها فترة ما، سقطت نفقتها فى فترة الغصب لأنها وان كانت مضطرة إلى عدم تسليم نفسها إلا أن ذلك لا يرجع لسبب من جهة الزوج وان كان لسبب خارج عن ارادتها.

وحكم القانون فى هذا يتفق مع ظاهر الرواية فى المذهب الحنفى وهو الرأى المفتى به فى المذهب وكان معمولاً به من قبل.

فقد ذهب هذا الرأى إلى أن غصب المرأة يسقط نفقتها فى فترة الغصب لفوات الاحتباس لسبب لا يرجع إلى الزوج وان لم يكن للزوجة اختيار فيه[١].

١٤٩- (٨) الزوجة الصغيرة :

إذا كانت الزوجة صغيرة ولكنها تطيق الوطء فهى تستحق النفقة كالكبيرة لأن أحكام الزواج يمكن استيفاؤها منها.

وقد اختلف فى سن الجماع فقيل أنها سبع سنين وقيل تسع سنين، والحق عدم تحديد سن معينة للجماع لأن احتماله يختلف باختلاف بنية المرأة.

(١) وفى رواية عن أبى يوسف أن لها النفقة، لأن فوات الاحتباس لم يكن من جهتها، ما لم يتبين أنها كانت راضية باطناً فى الذهاب معه وتظاهرت بالغصب.

وكذلك تستحق الصغيرة النفقة اذا كانت تشتهى للوطء فيما دون الفرج، لأن الظاهر أن من كانت كذلك فهى مطيقة للجماع فى الجملة وان لم تطقه من خصوص زوج مثلا[١].

وتستحق النفقة سواء نقلت الى بيت الزوجية أو لم تنتقل طالما أنها مستعدة لذلك.

أما اذا كانت لا تطيق الجماع ولا تشتهى فيما دون الفرج، ولكنها تصلح للاستئناس وخدمة البيت، فلها النفقة اذا نقلها الرجل الى بيته لرضاه بالاحتباس الناقص، فان لم يمسكها فلا نفقة لها.

وهذا هو رأى أبى يوسف المفتى به فى المذهب الحنفى[٢].

أما اذا كانت طفلة لا تصلح لشىء مما تقدم فلا نفقة لها لأن احتباسها حينئذ لا يوصل الى المنفعة المقصودة من الزوج.

وقال أبو يوسف الا اذا أمسك الزوج هذه الصغيرة فى بيته مكتفيا بما فيها من متاع الطفولة فان نفقتها عليه لرضاه بهذا الاحتباس الناقص وعليه الفتوى[٣].

أما اذا كان عدم امكان الانتفاع بالاحتباس من قبل الرجل.كأن يكون صغيرا أو عنينا أو مريضا فان النفقة تكون واجبة عليه،لأن المرأة قامت بكل أحكام الزواج الممكنة من قبلها.

١٥٠- (٩) الزوجة المسافرة:

اذا سافرت الزوجة وحدها أو مع غير محرم لها سقطت نفقتها لفوات الاحتباس من جهتها، ولأنها عاصية بهذا السفر الذى لا يصاحبها فيه زوج

---

(١) حاشية ابن عابدين- جـ٣ ص٥٧٤- شرح فتح القدير- جـ٤- ص٣٨٣.

(٢) أما الطرفان فيذهبان الى أنها لا نفقة لها فى هذه الحالة لأنها لا تصلح لما تصلح له المرأة الكبيرة.

(٣) على حسب الله فى الزواج فى الشريعة الاسلامية - ص١٨٤.

ولا محرم. واذا سافرت للحج، وكان ذلك قبل أن تنتقل الى بيت الزوج، ولم يخرج الزوج معها فى هذا السفر فلا نفقة لها باتفاق المذهب الحنفى، سواء سافرت وحدها أو مع رحم محرم أو أجنبى، لفوات الاحتباس لسبب من جهتها وانعدام التسليم حقيقة أو حكما فصارت كالناشزة.

ويستوى فى ذلك أن يكون سفرها للحج الفرض أو النفل(١).

أما اذا سافرت للحج بعد الزفاف دون الزوج، سواء سافرت وحدها أو مع غيرها ولو كان محرما لها، وسواء كان الحج فرضا أو نفلا، فلا نفقة لها لفوات الاحتباس، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد.

أما أبو يوسف فيرى وجوب النفقة اذا كان سفرها لأداء الحج الفرض، لأن السفر لأداء فريضة الحج ضرورة دينية، وقد فات الاحتباس بعد أن سلمت نفسها فهو بعذر شرعى اذ لا عصيان فى سفرها اذا سافرت مع رحم محرم، وتجب لها نفقة الاقامة لا السفر بأن يعتبر ما كان قيمة الطعام فى الحضر فيجب دون نفقة السفر لأن هذه الزيادة لحقتها بازاء منفعة تحصل عليها فلا تكون على الزوج(٢).

ورأى أبى حنيفة ومحمد هو المفتى به فى المذهب.

أما اذا خرج الزوج معها للحج فرضا أو نفلا، وكان هو الذى دعاها للحج، فانه تجب عليه نفقة سفرها، ولا تكلف من ذلك شيئا وذلك لقيام الاحتباس.

أما اذا كان سفر الزوج من أجلها أو كان كلاهما يريد السفر للحج، وجبت عليه نفقة الاقامة فقط وعليها هى نفقات السفر جميعا(٣).

---

(١) بدائع الصنائع -جـ٤- ص٢٠- الدكتور عبد الرحمن تاج ص٢٢٢.
(٢) شرح فتح القدير -جـ٣- ص٤٨٦- على حسب الله فى الزواج فى الشريعة الاسلامية-ص١٨٦.
(٣) الهداية على هامش فتح القدير - جـ٣- ص٣٨٦.

(ثــامنــا)

الأحوال التى يباح فيها للزوجة الخروج من مسكن الزوجية دون سقوط حقها فى النفقة

١٥١- النص القانونى:

نصت الفقرة الخامسة من المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أن:

«ولا يعتبر سببا لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية- دون إذن زوجها- فى الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع مما ورد به نص أو جرى به عرف أو قضت به ضرورة. ولاخروجها للعمل المشروع ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروط مشوب باساءة استعمال الحق، أو مناف لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه»[1].

ويبين من هذا النص أن الشارع أباح للزوجة الخروج من مسكن الزوجية فى بعض الأحوال، دون أن يكون هذا الخروج مسقطا لنفقتها، فلا تعتبر بخروجها فى هذه الحالات ناشزا.

ويمكن تقسيم هذه الأحوال الى قسمين هما:

١ – الأحوال التى يباح فيها خروج الزوجة – دون اذن زوجها– بحكم الشرع مما ورد به نص أو جرى به عرف أو قضت به ضرورة.

---

(١) ونصت الفقرة الخامسة من المادة عند تعديلها بالقرار بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ على أن:
«ولا يعتبر سببا لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية– بدون اذن زوجها – فى الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع أو يجرى بها العرف أو عند الضرورة، ولا حروجها للعمل المشروع ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروط مشوب باساءة الحق أو مناف لمصلحة الاسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه»

٢- خروجها للعمل المشروع، ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروط مشوب باساءة استعمال الحق، أو مناف لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه.

ونعرض لهذين القسمين بالتفصيل على النحو الآتى:

القسم الأول

خروج الزوجة دون اذن زوجها في الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع

١٥٢- تعـــداد:

أجاز النص للزوجة الخروج من مسكن الزوجية دون اذن زوجها دون أن يكون ذلك مسقطا لنفقتها، فى الأحوال التى يباح فيها الخروج بحكم الشرع مما ورد به نص أو جرى به عرف أو قضت به ضرورة. ومن ثم نعرض لما يأتى:

١- الأحوال التى يباح فيها الخروج بحكم الشرع مما ورد به نص.

٢- الأحوال التى يباح فيها الخروج بحكم العرف.

٣- الأحوال التى يباح فيها الخروج عند الضرورة.

١٥٣- أولا: الأحوال التى يباح فيها للزوجة الخروج من مسكن الزوجية- دون إذن الزوج- بحكم الشرع مما ورد به نص:

الحكم الشرعى عند الأصوليين هو خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء[١] أو التخيير[٢] أو الوضع[٣]. والمراد من خطاب الشارع

(١) معنى كلمة اقتضاء أى طلب، سواء كان الطلب فعل أو طلب منع فالحرام فيه طلب منع لازم، والوجوب فى طلبه فعل لازم.

(٢) التخيير هو اجازة الشارع للمكلف أن يفعل أو لا يفعل، مثل الأكل فى وقت معين أو النوم فى وقت معين.

(٣) معنى الوضع أن يكون الشارع قد ربط بين أمرين مما يتعلق بالمكلفين، كأن يربط بين الوراثة ووفاة شخص فتكون وفاته سببا لوراثة آخر، أو يربط بين أمرين بحيث يكون أحدهما شرطا شرعيا لتحقق الآخر وترتيب آثاره، كاشتراط الوضوء للصلاة، وكاشتراط الشهود للنكاح.

الوصف الذى يعطيه الشارع لما يتعلق بأفعال المكلفين، كأن يقال أنه حرام أو مكـروه، أو مطـلوب أو مباح، أو صحيح أو باطل ، أو هو شرط أو سبب أو مـانـع ... الخ[١].

والحكم الشرعى قد يكون بنص فى القرآن أو السنة أو باجماع أو قياس، أما ما يرد فى كتب فقه المذاهب، فهو مجرد تطبيق للحكم الشرعى، وليس الحكم ذاته.

وقد وردت عبارة النص عامة فى خروج الزوجة فى الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع، دون تخصيص ذلك بأحكام مذهب معين، غير أنه لما كان المقرر طبقا للمادة ١/٣ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية ومن قبلها المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (الملغاة) أنه عند عدم وجود نص يعمل بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة، فإنه يتعين الرجوع فى بيان هذه الحالات الى الراجح من هذا المذهب.

وقد اجاز الأحناف للزوجة الخروج من مسكن الزوجية- ولو بدون اذن زوجها- فى الحالات الآتية:

١- مرة فى كل اسبوع لزيارة والديها، أو جدها فى حالة عدم وجوب الأب، أو جدتها فى حالة عدم وجود الأم.

الا أنه لا يجوز لها المبيت لديهما الا باذن الزوج.

٢- مرة كل سنة لزيارة محارمها، كالعم والخال وابن الأخ وابن الأخت.

ولا يجوز لها المبيت لديهم الا باذن الزوج[٢].

---

(١) الاستاذ محمد أبو زهرة فى أصول الفقه- طبعة دار الفكر العربى- ص٢٣.

(٢) وقد جاء بالمادة (٢٥١) من كتاب الاحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لقدرى باشا أن: «للمرأة أن تخرج لزيارة والديها فى كل اسبوع مرة ولزيارة محارمها فى كل سنة مرة، ولا تبيت عند أحد منهم بغير اذن زوجها ولا يمنع أبويها من الدخول عليها لزيارتها فى كل جمعة مرة ولا غيرهم من المحارم فى كل سنة مرة».

٣- اذا كان أبو الزوجة مريضا مرضا طويلا فاحتاجها، ولم يكن لديه من يقوم بشأنه، فمن حقها الذهاب اليه وتعاهده بقدر احتياجه، ولو كان غير مسلم لأن ذلك من المصاحبة بالمعروف المأمور بها[١].

٤- اذا وقعت لها نازلة وامتنع الزوج عن سؤال أهل العلم عن الحكم الذى تتبعه، أما اذا قام الزوج بالسؤال وأخبرها لايجوز لها الخروج.

واذا أرادت أن تتعلم مسألة من مسائل الوضوء والصلاة، وكان الزوج يحفظ المسائل ويذكر معها له منعها من الخروج إلى مجلس العلم[٢]، وان كان لا يحفظ الأولى أن يأذن لها أحيانا، فاذا لم يأذن فلا شيء عليه، ولا يباح لها الخروج إلى مجلس العلم[٣].

٥ - خروجها للقاضى للمطالبة بحق لها على آخر، أو لطلب آخر حقا له منها.

ويشترط الفقهاء للخروج فى الحالات السابقة عدم الزينة وتغيير الهيئة إلى مالا يكون داعية إلى نظر الرجال والاستمالة فقد قال تعالى: ﴿ولاتبرجن تبرج الجاهلية الأولى﴾[٤].

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص ٦٠٣ - ويذهب الفقهاء إلى أن الظاهر أنه لا نفقة لها حينئذ، وهذا على خلاف حكم القانون.

وقد نص فى المادة (٢١٦) من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لقدرى باشا على أن: «اذا كان أبو الزوجة مريضا مرضا طويلا فاحتاجها ولم يكن لديه من يقوم بشأنه فعليها الذهاب إليه وتعاهده بقدر احتياجه ولو كان غير مسلم وان أبى الزوج ذلك».

(٢) شرح فتح القدير جـ٤ ص ٣٩٩.

(٣) المذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.

وفى الفتاوى فى باب القراءة: المرأة قبل أن تقبض مهرها لها أن تخرج فى حوائجها وتزور الأقارب بغير اذن الزوج (شرح فتح القديرجـ٤ ص٣٩٩).

(٤) شرح فتح القدير جـ٤ ص ٣٩٩.

١٥٤- ثانيا: الأحوال التى يباح فيها للزوجة الخروج من مسكن الزوجية - دون إذن الزوج - بحكم العرف:

جرى النص على أن: «ولا يعتبر سببا لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية بدون اذن زوجها فى الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع مما ورد بـه نص أو جرى به عرف...الخ». وعبارة «بحكم الشرع مما ورد به نص أو جرى به عرف»، يفصح عن أنه يشترط فى العرف أن يكون فى نطاق الشرع، وهو ما يجب العمل به دون نص على ذلك، لأن الفقهاء اشترطوا فى العرف المعتبر أو العرف الصحيح ألا يعارض نصا فى الكتاب أو السنة وان عارض نصا منقولا عن صاحب المذهب[١].

ومثل الأحوال التى يباح فيها للزوجة الخروج بحكم العرف، خروجها لزيارة محرم مريض، كخالها أو خالتها أو عمها أو عمتها... الخ.

أما اذا خرجت الزوجة دون اذن زوجها فى الحالات التى يجرى بها العرف على خلاف الشرع، فان خروجها يكون مسقطا لنفقتها لأن هذا العرف

(١) رسالة نشر العرف فى بناء بعض الأحكام على العرف - مجموعة رسائل ابن عابدين جـ٢ ص١١٦ وما بعدها - الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين للدكتور خليفة بابكر الحسن ص٤٤ وما بعدها.

وهذا ما ذهب إليه محكمة النقض بتاريخ ١٩٧٣/٢/١٤ فى الطعن رقم ٧ لسنة ٣٩ق «أحوال شخصية»، فقد قضت بأن: «العرف معتبر اذا عارض نصا مذهبيا منقولا عن صاحب المذهب، اذ الجمود على ظاهر المنقول مع ترك العرف فيه تضييع حقق كثيرة دون أن يكون فى ذلك مخالفة للمذهب».

ولذلك ورد النص بالمادة عند استبدالها بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ كالآتى:

«فى الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع أو يجرى بها العرف أو عند الضرورة».

وقد ورد النص بمشروع القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ مطابقا للنص الوارد بالقرار بقانون المذكور الا أنه عدل على النحو الحالى فى اللجنة المشتركة بمجلس الشعب

يكون عرفا فاسدا ومثل ذلك خروج الزوجة إلى البحر شبه عارية وخروجها إلى النادى مع غير ذى رحم محرم، وكذلك ماجرى به العرف فى بعض الأوساط من حضور النساء السهرات الليلية التى يحتسى فيها الخمر ويختلط فيها الرجال بالنساء.

١٥٥ - نقد تشريعي :

لا نساير الشارع فيما أباحه للزوجة من الخروج من منزل الزوجية دون اذن زوجها لزيارة والديها أو زيارة محارمها، وكان الأوفق أن يوجب الشارع على الزوجة أن تستأذن الزوج قبل خروجها من منزل الزوجية فى الحالات التى يمكن فيها استئذانه، فان أبى كان لها الخروج دون موافقته. ذلك أن خروج الزوجة من منزل زوجها دون استئذانه أو مجرد اخباره، ما يتنافى مع حق الطاعة المقررة للزوج على زوجته ومع كون الرجال قوامين على النساء، وكون الزوج راعى الأسرة ومسئول عن اسرته التى هى رعيته. بل ان كرامة الزوج تأبى أن يعود إلى منزله فلا يجد زوجته ولا يعرف إلى أى مكان ذهبت، أو تتركه بمنزله ثم تغادر المنزل دون اخباره بالمكان الذى تقصده، فيكون الزوج آخر من يعلم بمكان زوجته.

ولا يفوتنا أن استئذان الزوجة لزوجها يدرء الكثير من المفاسد، فقد يكون والدها أو محرمها الذى تتوجه لزيارته يعيش فى بيئة فاسدة يخشى منها على الزوجة أو يخالط بعض الأجانب عن الزوجة، أو يسعى المحرم الذى تزوره إلى افساد العلاقة بينها وبين زوجها لسوء خلقه أو لكراهيته لزوجها أو لوجود خلافات بينهما، أو يكون له أولاد عرف عنهم سوء الخلق يلتقون مع الزوجة حال الزيارة. فاذا استأذنت الزوجة زوجها فى هذه الحالات أتيحت الفرصة له ليبصرها بمغبة الزيارة التى تنشدها، وقد تستجيب لطلبه العدول عنها، كما يكون له اذا أصرت عليها أن يمنعها عنها طالما أنها ستؤدى إلى مفسدة.

ومن حق الزوج أيضا بل من حق الشرع ألا تسافر الزوجة الا معه أو بصحبة ذى رحم محرم اذا بلغت المسافة حوالى ٩٠ كيلو مترا، وعلى ذلك فان استئذانه يضحى واجبا اذا كان مكان الزيارة يبعد عن محل اقامة الزوج هذه المسافة حتى يسافر معها أو يأتى أحد محارمها لاصطحابها، فعن أبى هريرة رضى الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴿لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة الا مع ذى رحم محرم عليها﴾، وقدرت مسافة السفر الشرعية بحوالى ٩٠ كيلو مترا، وعن ابن عباس رضى الله عنه عنهما أنه سمع النبى عليه السلام يقول: ﴿لايخلون رجل بامرأة الا ومعها ذو رحم محرم، ولا تسافر امرأة الا مع ذى رحم محرم...الخ﴾.

ولا نؤيد الشارع – ومعنا بعض الفقهاء – فى اطلاقه حق الزوجة فى أن تذهب إلى والدها وتعاهده اذا كان مريضا مرضا طويلا واحتاجها ولم يكن لديه من يقوم بشأنه، وكان يجب تقييد هذا الحق «بما لايخل بواجباتها الزوجية»، أو «بما لايخل بمعنى الاحتباس فى الجملة بما يهدمه أو ينقصه نقصا كبيرا»(١). فحكم الشرع يقضى بأن الحق الأساسى الذى يجب على الزوجة هو احتباسها لحق الزوجية، وبرها بأبويها – المأمور به شرعا – مشروط بألا يؤثر على واجبها الأساسى، فالقدر الذى تطالب به من هذا البر انما هو القدر الذى يتمشى مع هذا الواجب الأساسى ولا ينقص منه نقصا واضحا.

وتقديم حق الزوج على زوجته، على حق الوالدين عليها يفصح عنه أن النبى عليه السلام قرنه بحق الله تعالى فى أحاديث منها: ﴿اذا صلت المرأة

---

(١) راجع الدكتور محمد بلتاجى فى مؤلفه دراسات فى الأحوال الشخصية ص ٢٢٧ وما بعدها – الدكتور عبد الناصر العطار فى الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ص ٤٢.

خمسها، وصامت شهرها، وحفظت فرجها، وأطاعت زوجها قيل لها: أدخلي الجنة من أى أبواب الجنة شئت﴾ وقوله عليه السلام: ﴿لو كنت آمراً أحدا أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها من عظم حقه عليها﴾، ولذلك قال عليه السلام: ﴿لايحل للمرأة أن تصوم وزوجها شاهد الا باذنه، ولا تأذن في بيته الا باذنه﴾، فحق الزوج عليها مقدم على حقها فى التقرب إلى الله تعالى بالنوافل وأعمال البر، فهو أول حقوق الناس عليها وأعظمها وفى إطاره تجب حقوقهم وتؤدى[1].

ويكفى للتدليل على مغبة مسلك الشارع أن يكون الزوج مريضا مرضا طويلا أو حادا وفى حاجة ملحة إلى رعاية زوجته، ويكون أبوها - فى ذات الوقت - مريضا مرضا طويلا وفى حاجة اليها وليس له من يعاهده، فان المشرع يعطى للزوجة الحق فى أن تترك زوجها فى عذاب مرضه وقسوته، وتذهب إلى أبيها لتعاهده وتبقى معه حتى يستغنى عن رعايتها له.

وهى صورة تقوض معنى الاحتباس المقصود من الزواج وتقطع رباط المودة والرحمة بين الزوجين.

١٥٦- ثالثاً: الأحوال التى يباح فيها للزوجة الخروج من مسكن الزوجية دون إذن الزوج عند الضرورة:

نصت الفقرة الخامسة من المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠

---

(١) الدكتور محمد بلتاجى ص ٢٢٩ - وقد جاء بالمرجع السابق ص ٢٢٨ وما بعدها هامش (١) أنه روى أن رجلا كان فى سفر وعهد إلى امرأته الا تنزل من العلو إلى أسفل، وكأن أبوها فى الأسفل فمرض، فأرسلت المرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تستأذن فى النزول إلى أبيها فقال لها: «أطيعى زوجك» فمات، فاستأمرته فقال: (أطيعى زوجك) فدفن أبوها، فأرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم يخبرها أن الله قد غفر لأبيها بطاعتها لزوجها. «رواه الطبرانى فى الأوسط بسند ضعيف».

(المستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥) على أن: «ولا يعتبر سببا لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية - دون اذن زوجها - فى الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع... أو قضت به ضرورة...الخ)[١].

والضرورة شرعا هى حالة الخطر أو المشقة الشديدة التى يترتب عليها ضرر يلحق بالنفس أو بالعضو أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال، وتوابعها، سواء بالشخص أو بالغير، بحيث يضطر معها إلى ارتكاب أمر محظور شرعا أو ترك الواجب أو تأخيره عن وقته للمحافظة على أى أمر من هذه الأمور[٢].

---

(١) وقد جاء هذا الحكم أيضا بالمادة عند تعديلها بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ فقد نصت الفقرة الخامسة من المادة على أن: «ولا يعتبر سببا لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية - بدون اذن زوجها - فى الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع... **او عند الضرورة**... الخ».

(٢) راجع التعاريف المختلفة لحالة الضرورة رسالة الأستاذ جميل محمد بن مبارك فى نظرية الضرورة الشرعية حدودها وضوابطها - الطبعة الأولى سنة ١٩٨٨ ص ٣٤ وما بعدها.

وقد ورد بالقرآن والسنة الكثير عن حالة الضرورة.

فقد ورد بالقرآن:

١ - ﴿فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه ان الله غفور رحيم﴾.
(سورة البقرة - من الآية ١٧٣).

٢ - ﴿فمن اضطر فى مخمصة غير متجانف لاثم فان الله غفور رحيم﴾، والمخمصة هى المجاعة.
(سورة المائدة من الآية ٣).

والمشقة تختلف باختلاف العبادات، كما تختلف باختلاف المكلفين، فقد تكون غير معتادة لأغلب الناس وتكون معتادة فى حق بعض الناس، وذلك ناتج عن تربية النفس على شاق العبادت مع عدم الاخلال بالواجبات الأخرى، وعن القوة التى يهبها الله سبحانه لمن يشاء من عباده، وهذا يؤكد أن المشقة لاتخضع لضابط واحد يسرى على جميع الناس(١).

والحاجة أدنى مرتبة من الضرورة، ولكنها تتنزل منزلها(٢)،

---

٣ - ﴿فمن اضطر غير باغ ولاعاد فإن ربك غفور رحيم﴾.
(سورة الأنعام من الآية ١٤٥).

٤ - ﴿فمن اضطر غير باغ ولا عاد فان الله غفور رحيم﴾.
(سورة النحل من الآية ١١٥).

٥ - ﴿وقد فصل لكم ماحرم عليكم الا ما اضطررتم إليه﴾.
(سورة الأنعام من الآية ١١٩).

ومما جاء بالسنة :

١ - قوله عليه السلام: ﴿لاضرر ولا ضرار﴾.

٢ - حديث على: أن النبى عليه السلام نهى عن بيع المضطرين.

٣ - حديث سمرة: يجزى من الضرورة صبوح أو غبوق.

ومن مجموع النصوص السابقة وغيرها استنبط الأصوليون قاعدة: «الضر يزال» التى من فروعها «الضرورات تبيح المحظورات».

وقد جاء بالأشباه والنظائر ص ٨٥: «الضرورات تبيح المحظورات ومن ثم جاز أكل الميتة عند المخمصة، واساغة اللقمة بالخمر، والتلفظ بكلمة الكفر للإكراه، وكذا اتلاف المال وأخذ مال الممتنع عن أداء الدين بغير اذنه، ودفع الصائل، ولو أدى إلى قتله».

(١) الأستاذ جميل محمد بن مبارك الرسالة المشار إليها ص ٦١ وما بعدها.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩١.

ويقصد بها المشقة الخارجة عن المعتاد والتى لاتصل إلى المشقة التى تتوافر به حالة الضرورة، وتدفع الانسان إلى ارتكاب أمر محظور شرعا أو ترك الواجب أو تأخيره عن وقته للتخلص من الضيق والحرج[١].

وعلى ذلك فان الضرورة أو الحاجة تجيز للزوجة الخروج من مسكن الزوجية دون اذن زوجها، دون أن يترتب على ذلك سقوط نفقتها.

ومن الأمثلة على ذلك:

١ - اشراف المنزل الذى تقطن فيه الزوجة على الانهدام أو الحريق[٢].

٢- اعسار الزوج بنفقة الزوجة، لأنها فى هذه الحالة تكون مضطرة إلى العمل للحصول على ما يلزمها من نفقة[٣].

٣ - اذا كانت الزوجة على وشك الولادة، ولم يكن بالمنزل من يستطيع احضار قابلة أو طبيب لها.

٤ - حصول حادث لجارة لها، دون أن يتوجه اليها من يقوم باسعافها أو نجدتها.

---

(٣) وسند ذلك قوله تعالى فى سورة الحج: ﴿ما جعل عليكم فى الدين من حرج﴾ وقوله فى سورة البقرة: ﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾. وقوله عليه السلام: ﴿بعثت بالحنفية السهلة السمحة﴾، وقوله: ﴿ان الله شرع الدين فجعله سهلا سمحا ولم يجعله ضيقا﴾.

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون.

ولكن يراعى أن المقرر شرعا أن الضرورة تقدر بقدرها، ومعنى ذلك أن الضرورة يزول أثرها بمجرد زوالها، فلا يجوز الاستمرار على ممارسة ما تبيحه الضرورة بعد أن تزول، بل بمجرد زوالها يعود الحكم الأصلى، والقول بغير ذلك يكون عدوانا وخروجا على ضوابط الضرورة، وهى أمور شرط القرآن الكريم نفيها للأخذ بالضرورة فقد قال تعالى:﴿فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه﴾[١].

وعلى ذلك فانه فى المثال الأول، اذا شب الحريق بالمنزل ثم تم اخماده، كان على الزوجة العودة إلى المنزل، والا كانت ناشزا وسقط حقها فى النفقة

وفى المثال الثانى، اذا حصلت الزوجة فى يوم واحد على ما يفى بنفقتها لمدة أسبوع فانها تكون قد تجاوزت قدر الضرورة اذا تركت منزل الزوجية للعمل خلال هذا الأسبوع، وسقط حقها فى النفقة بالتالى.

(١) من الآية ١٧٣ من سورة البقرة - راجع أيضا رسالة الأستاذ جميل محمد بن مبارك المشار إليها ص ٣٣٦.

القسم الثانى

خروج الزوجة للعمل المشروع

(احتراف الزوجة)

١٥٧- اشتراط إذن الزوج الصريح او الضمنى لخروج الزوجة للعمل المشروع :

نصت الفقرة الخامسة من المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ (المستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥) على أن: «ولا يعتبر سببا لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية – دون اذن زوجها – فى الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع مما ورد به نص أو جرى به عرف أو قضت به ضرورة، **ولا خروجها للعمل المشروع ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروط مشوب باساءة استعمال الحق، او مناف لمصلحة الاسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه»**[1].

فقد جعل النص أحوال خروج الزوجة من منزل الزوجية للعمل والتى لا يترتب عليها سقوط نفقتها قسمين **الأول:** خروجها دون اذن زوجها فى الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع مما ورد به نص أو جرى به عرف أو قضت به ضرورة وهو ما تناولناه تفصيلاً فيما سلف. **والثانى:** خروجها للعمل المشروع...الخ. ولم يجز النص فى القسم الثانى أن يكون خروج الزوجة دون اذن زوجها كما فعل فى القسم الأول.

---

(١) وقد جاء الحكم الخاص بخروج المرأة للعمل المشروع مطابقا لما جاء بالفقرة المذكورة عند تعديلها بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩

وعلى ذلك فان خروج الزوجة من مسكن الزوجية للعمل المشروع والذى لا يسقط نفقتها لابد أن يكون باذن الزوج، سواء كان هذا الاذن صريحا أو ضمنيا، أما اذا خرجت للعمل المشروع دون اذنه كانت ناشزا وسقطت نفقتها، ويؤيد هذا النظر ما ورد بالمذكرة الايضاحية للقانون تعليقا على هذا الحكم من أن: «**ومن ذلك الخروج للعمل المشروع اذا اذنها الزوج بالعمل أو عملت دون اعتراض منه أو تزوجها عالما بعملها**»، وأن تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب قد ردد مضمون هذه العبارات(١).

١٥٨- هل يجوز للزوجة ان تشترط فى عقد الزواج حق الدراسة أو العمل؟

يعتبر اشتراط الزوجة على زوجها فى العقد أن يكون لها الحق فى الدراسة بمدرسة أو معهد أو جامعة أو ما شابه ذلك، أو أن يكون لها الحق فى العمل خارج منزل الزوجية فى وظيفة أو مهنة أو حرفة، من الشروط التى لا تناقض مقتضى العقد ولا تخل بالمقصود منه، والتى سكت عنها الشارع ولم يرد عنه ما يدل على جوازها أو تحريمها.

---

(١) فقد ورد بتقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب ما يأتى: «وكذلك بسبب خروجها للعمل المشروع ما دام قد اذنها الزوج بذلك أو عملت دون اعتراضه أو تزوجها عالما بعملها». ومضمون النص عند تعديله بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ يتفق مع النص الحالى كما أشرنا سلفا، وقد جاء بالمذكرة الايضاحية لهذا القرار بقانون تعليقا على الحكم المذكور ما يأتى: «ومنذ ذلك الخروج للعمل المشروع اذا اذنها الزوج بالعمل أو عملت دون اعتراض منه أو تزوجها عالما بعملها».

وجاء بتقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب ما يأتى:

«... ولا بسبب خروجها للعمل المشروع ما دام قد اذنها الزوج بذلك أو عملت دون اعتراضه أو تزوجها عالما بعملها».

وقد أسلفنا (بند ٢٩) أن الأحناف يعتبرون هذه الشروط من الشروط الفاسدة أو الباطلة، فاذا اتفق الزوجان على شرط الدراسة أو العمل فانه يبطل ولا يلزم الوفاء به، ويصح الزواج.

وعلى ذلك فانه رغم الاتفاق على هذا الشرط فان للزوج أن يمنع زوجته عن العمل خارج منزل الزوجية أو الخروج منه للدراسة، فإن لم تمتثل كانت ناشزا، وسقطت نفقتها.

ولكننا رأينا أن الفقرة الخامسة من المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ (المستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥) نصت على عدم سقوط نفقة الزوجة اذا خرجت للعمل المشروع بشرط اذن الزوج الصريح أو الضمنى، والاذن الضمنى يتحقق اذا عملت دون اعتراض منه أو تزوجها عالما بعملها ولم يعترض عليه.

ومعنى ذلك أن الشارع أجاز للزوجة الخروج للعمل المشروع دون شرط فى العقد طالما تحقق رضا الزوج على النحو المذكور، ومن ثم فان هذا النص يجيز من باب أولى شروطها فى العقد فى هذا الشأن.

ويقاس على خروج المرأة للعمل المشروع خروجها للدراسة بشرط أن تكون دراستها غير متافية للشرع لاسيما وأن الشريعة الغراء حثت على طلب العلم[1].

على أن أثر تقرير هذا الحق للزوجة ينحصر فى عدم اعتبارها ناشزا، فلا يجوز للزوج الاستناد فى كونها ناشزا إلى خروجها من مسكن الزوجية للعمل أو الدراسة، ومن ثم لا تترتب فى حقها آثار النشوز ومنها سقوط حقها فى النفقة، انما لايجوز للزوجة طلب الطلاق اذا أخل الزوج بهذا الشرط.

---

(١) ويلاحظ ما ذكرناه سلفا من أنه لايجوز للمأذون اثبات ما يتفق عليه الزوجان من شروط فى وثيقة عقد الزواج ويكون للزوجين اثبات هذه الشروط فى محرر مستقل. (راجع فى التفصيل بند ٣١).

كما أن هذا الشرط يجب ألا يخل بما وضعته الفقرة الخامسة المذكورة من قيود على خروج للعمل باذن زوجها، وهو ألا يظهر أن استعمالها لهذا الحق مشوب باساءة استعمال الحق أو مناف لمصلحة الأسرة. وطلب منها الزوج الامتناع عنه، كما سيرد شرحه تفصيلا.

وفى هذا أفتت دار الافتاء المصرية بتاريخ ١٩٨١/١١/١٢ فى الطلب رقم ٣٦٩ لسنة ١٩٨١ بأن:

«... والشرط المقترن بعقد الزواج لتحقيق مصلحة لأحد الزوجين ثلاثة أقسام:

أحدها: الشرط الذى ينافى مقتضى العقد شرعا كاشتراط أحد الزوجين تأقيت الزواج، أى تحديده بمدة، أو أن يطلقها فى وقت محدد، فمثل هذا الشرط باطل، ويبطل به العقد باتفاق الفقهاء.

الثانى: الشرط الفاسد فى ذاته، مثل أن يتزوجها على ألا مهر لها أو ألا ينفق عليها، أو أن ترد إليه الصداق، أو أن تنفق عليه من مالها، فهذا وأمثاله من الشروط الباطلة فى نفسها، لأنها تتضمن اسقاط أو التزام حقوق تجب بعد تمام العقد لا قبل انعقاده، فصح العقد وبطل الشرط فى قول جميع الفقهاء.

الثالث: الشرط الصحيح عند أكثر الفقهاء وهو: ما كان يقتضيه العقد، كاشتراط أن ينفق عليها، وأن يحسن عشرتها، أو كان مؤكدا لآثار العقد ومقتضاه، كاشتراط كفيل فى نفقتها وصداقها، أو ورد به الشرع كاشتراط الزوج أن يطلقها فى أى وقت شاء، أو اشتراطها لنفسها أن تطلق نفسها متى شاءت، أو جرى به عرف كأن تشترط الزوجة قبض صداقها جميعه أو نصفه، أو يشترط هو تأخير جزء منه لأجل معين حسب العرف المتبع فى البلد الذى جرى فيه العقد.

وقد يكون الشرط غير مناف لعقد الزواج، كما لايقتضيه العقد، وانما يكون بأمر خارج عن معنى العقد كالشروط التى يعود نفعها إلى الزوجة، مثل أن تشترط ألا يخرجها من دارها أو بلدها أو ألا يسافر بها أو ألا يتزوج عليها، فهذا أيضا من باب الشروط الصحيحة. لكن الفقهاء اختلفوا فى وجوب الوفاء بها على طائفتين:

احداهما: أن هذه الشروط وأمثالها وان كانت صحيحة فى ذاتها لكن لايجب الوفاء بها، وهو قول الأئمة أبى حنيفة وأصحابه ومالك والشافعى والليث والثورى.

الطائفة الأخرى: ان الشرط الصحيح الذى فيه نفع وفائدة للزوجة يجب الوفاء به، فاذا لم يف به الزوج، كان للزوجة طلب الطلاق قضاء، روى هذا عن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه وسعد بن أبى وقاص: وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز والأوزاعى وأحمد بن حنبل. وأدلة كل من الطائفتين على ما قالا مبسوطة فى محلها من كتب الفقه.

لما كان ذلك: وكانت الزوجة فى العقد المسئول عنه قد اشترطت لنفسها (اتمام دراستها الجامعية والعمل بعد التخرج وأداء الخدمة العامة) وكان هذا الشرط داخلا فى نطاق القسم الثالث للشروط بمعنى أنه من الشروط الصحيحة ذات النفع والفائدة للزوجة كان جائزا لكن لايجب الوفاء به فى قول جمهور الفقهاء، ويلزم الوفاء به فى قول الامام أحمد بن حنبل ومن وافقه.

ولما كان هذا الشرط باعتباره اشتراط العمل للزوجة بعد الانتهاء من دراستها، فقد أقره القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية أخذا بمذهب الامام أحمد بن حنبل، لكن هذا القانون قد اعتد به شرطا مانعا للحكم بنشوز الزوجة اذا خرجت بدون الزوج لاتمام دراستها أو للعمل ولم يضع جزاء ملزما للزوج بتنفيذه، كما لم يعط للزوجة حق

طلب الطلاق، كما يقول مذهب الامام أحمد عند عدم الوفاء بالشرط الصحيح الذى يعود نفعه وفائدته على الزوجة.

ولما كان القضاء يجرى فى خصوص انعقاد الزواج وشروطه وفى كثير من أحكام الأحوال الشخصية على أرجح الأقوال فى فقه الامام أبى حنيفة الذى لا يلزم الزوج بالوفاء بمثل هذا الشرط، توقف العمل به قضاء الا فى حالة النشوز فقط كما تقدم...الخ).

١٥٩ - العمل المباح للزوجة :

العمل الذى يجوز للزوجة الخروج من مسكن الزوجية لمزاولته دون أن تسقط نفقتها هو بصريح النص «العمل المشروع». فيجوز للزوجة أن تزاول أى عمل طالما كان مشروعا، فلها أن تلحق بالعمل فى الحكومة أو القطاع العام أو الخاص، كما أن لها أن تمارس مهنة حرة أو حرفة.

ويقصد بالعمل المشروع، العمل الذى لا يخالف مبادىء الشريعة الاسلامية. ويرجع فى ذلك إلى الرأى الراجح فى المذهب الحنفى عملا بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية.

فلا يجوز للزوجة أن تعمل فى الملاهى والمراقص، ولا فى محال بيع الخمور، ولا فى مكان تنفرد فيه بأجنبى.

واذا كان العمل فى غير البلد الذى تقيم فيه ويحتاج إلى سفر طويل، سواء كان داخل البلاد أو خارجها، فلابد أن يرافقها فى سفرها إما الزوج أو محرم لقوله عليه السلام:

﴿لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة الا مع ذى محرم منها﴾، وقد قدرت مسافة السفر الشرعية بحوالى ٩٠ كيلو مترا.

١٦٠ - طلب الزوج منع الزوجة من العمل:

اذا أذن الزوج لزوجته بالعمل خارج المنزل اذنا صريحا أو ضمنيا - على

التفصيل السابق - لم يكن من حقه منعها من الاستمرار فى العمل، أو بمعنى آخر لم يكن من حقه الغاء هذا الإذن، فقد جعل النص من اذن الزوج للزوجة بالعمل خارج المنزل اذنا دائما يدوم بدوام العلاقة الزوجية بينهما، فاذا طلب منها الامتناع عن العمل فلم تمتثل فانها لا تعد ناشزا ولا تسقط نفقتها.

غير أن النص أجاز للزوج استثناء من هذا الأصل أن يطلب من الزوجة الامتناع عن العمل خارج مسكن الزوجية، وأوجب عليها الامتثال لطلبه فى حالتين هما:

١ - اذا ظهر أن استعمالها لهذا الحق مشوب باساءة استعمال الحق.

٢ - اذا ظهر أن استعمالها لهذا الحق مناف لمصلحة الأسرة.

ونعرض لشرح هاتين الحالتين على النحو التالى:

١٦١- اساءة استعمال حق الخروج من مسكن الزوجية للعمل:

أجازت الفقرة الخامسة من المادة للزوج أن يطلب من الزوجة الامتناع عن العمل خارج مسكن الزوجية اذا ظهر أن «استعمالها لهذا الحق المشروط مشوب باساءة استعمال الحق».

واساءة استعمال الحق، هى التعسف فى استعمال الحق.

ونظرية التعسف فى استعمال الحق نظرية معروفة منذ القدم فى بعض مذاهب الفقه الاسلامى، وكان هذا الفقه من المصادر التشريعية لنص المادة (٥) من التقنين المدنى واستمدت منه بوجه خاص الضوابط الثلاثة التى اشتملت عليه[1].

(١) المواد ٢٦، ٢٧، ٢٨، ٢٩، ١١٩٨، ١٢٠٠، ١٣١٢ من المجلة - مجموعة الأعمال التحضيرية - الجزء الأول ص ٢٠٩.

والضوابط الثلاثة المذكورة هى : =

وليس هنا مجال شرح هذه النظرية، وانما نكتفى بذكر بعض الأمثلة لتعسف الزوجة فى استعمال حقها فى الخروج من مسكن الزوجية للعمل فمن ذلك:

١ - ألا تراعى ستر عوراتها فى ذهابها وعودتها من عملها أو أثناء وجودها بمكان العمل، اذا كان يشاركها فى مكان العمل أجانب عنها.

٢ - أن تظهر بمظهر المتبرجة بصورة تدعو إلى الفتنة.

٣ - أن تصطحب الرجال الأجانب حال ذهابها أو عودتها من عملها.

٤ - أن تكثر الخروج من المنزل بلا داع بحجة ذهابها إلى العمل

١٦٢ - منافاة استعمال حق الخروج للعمل لمصلحة الأسرة:

نصت الفقرة الخامسة من المادة على أن للزوج أن يطلب من زوجته الامتناع عن الخروج من مسكن الزوجية للعمل «إذا ظهر أن استعمالها لهذا الحق مناف لمصلحة الأسرة».

وعبارة «مصلحة الأسرة» تتسع لتشمل مصلحة الزوج أو الزوجة أو الأولاد فيجوز للزوج أن يطلب منها الامتناع عن الخروج للعمل اذا ظهر أن ذلك مناف لمصلحته، أو مصلحة الزوجة نفسها، أو مصلحة أولادهما.

ويقع على الزوج عبء اثبات ادعائه منافاة خروج الزوجة للعمل لمصلحة الأسرة. وله اثبات ذلك بكافة طرق الاثبات الشرعية بما فيها البينة. وتعتبر هذه المسألة من المسائل الموضوعية التى تخضع لتقدير قاضى الموضوع.

= (أ) اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير.

(ب) اذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

(جـ) اذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة.

ومن أمثلة منافاة خروج الزوجة من مسكن الزوجية للعمل، لمصلحة الأسرة ما يأتي:

١ - أن يمرض الزوج مرضا يمنعه من الحركة مما يجعله فى حاجة إلى مرافقة زوجته له لتمريضه ورعايته.

٢ - أن يكون للزوجة ابن مريض بمرض مزمن يلازمه الفراش وليس هناك من يقوم برعايته، فيغدو فى حاجة إلى رعاية أمه وحدبها.

٣ - أن يحدث انحراف في السلوك لأحد الأبناء نتيجة عدم اشراف الأم عليه خلال الوقت الذى تقضيه فى العمل، أو أن يكون على وشك الانحراف بسبب انعدام هذا الاشراف.

٤- أن يحدث تغيير بالزيادة فى عدد ساعات عمل الزوجة أو تغيير فى نوع العمل، مما يكون من شأنه انهاك قواها بحيث لاتستطيع أداء واجباتها الزوجية كما كانت تؤديها قبل حصول هذا التغيير.

٥ - أن يصبح جو العمل ضارا بصحة الزوجة، سواء من الناحية الجسمية أو العصبية أو النفسية.

١٦٣- المحكمة المختصة بنظر دعوي الزوج منع زوجته من العمل خارج مسكن الزوجية :

ينعقد الاختصاص النوعى بنظر دعوى الزوج منع زوجته من العمل خارج مسكن الزوجية للمحكمة الابتدائية، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة العاشرة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية على أن : « تختص المحكمة الابتدائية بنظر دعاوى الأحوال الشخصية التى لاتدخل فى اختصاص المحكمة الجزئية، ودعاوى الوقف وشروطه والاستحقاق فيه والتصرفات الواردة

عليه»، ولم يرد النص على دعوى الزوج منع زوجته من العمل خارج مسكن الزوجية أو على المنازعات الأخرى الناشئة عن الزوجية عامة فى المادة التاسعة من القانون ، ضمن الدعاوى التى تختص المحكمة الجزئية نوعيا بنظرها.

وينعقد الاختصاص المحلى بنظر الدعوى للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليها فإن لم يكن لها موطن فى مصر تختص بنظرها المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى (م ٢/١٥).

ويكون الحكم الصادر فى الدعوى قابلا للطعن فيه أمام محكمة الاستئناف.

وقبل العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ لم يرد بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ (الملغاة) نص يحدد الاختصاص بنظر دعوى الزوج منع زوجته من الخروج من مسكن الزوجية للعمل، إنما نصت المادة ١٠/٦ من اللائحة على اختصاص المحاكم الجزئية بالمنازعات فى « المواد المتعلقة بالزوجية غير ما سبق». ويقصد بذلك المواد التى تكون الزوجية هى سبب الحق المدعى به[1].

ولما كانت الدعوى المذكورة سببها الزوجية فإنها كانت من اختصاص المحكمة الجزئية نوعيا ، ومثلها فى ذلك دعوى الطاعة التى كانت ترفع من الزوج.

أما الاختصاص المحلى بنظر الدعوى، فيثبت للمحكمة التى يقع فى دائرتها محل إقامة المدعى عليها فإن لم يكن لهامحل إقامة كالرحل اختصت بنظرها المحكمة التى فى دائرتها محل إقامة الزوج (م٢١ من اللائحة).

(١) نقض طعن رقم ٥٨ لسنة ٥٥ق- أحوال شخصية- جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٣.

اختصاص قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية دون غيره بإصدار أمر علي عريضة في المنازعات حول السفر إلي الخارج

١٦٤- النص القانوني:

المادة الأولى من قانون إصدار القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية :

«تسرى أحكام القانون المرافق على إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية والوقف ويطبق فيما لم يرد بشأنه نص خاص فيه أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية وأحكام قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية وأحكام القانون المدنى فى شأن إدارة وتصفية التركات.

ويختص قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية دون غيره بإصدار أمر على عريضة فى مسائل الأحوال الشخصية الآتية :

١ – التظلم من امتناع الموثق عن توثيق عقد الزواج أوعدم إعطاء شهادة مثبتة للامتناع سواء للمصرين أو الأجانب .

٢ – مد ميعاد جرد التركة بقدر ما يلزم لإتمام الجرد إذا كان القانون الواجب التطبيق حدد ميعادا له.

٣ – اتخاذ ما يراه لازما من الإجراءات التحفظية أو الوقتية على التركات التى لايوجد فيها عديم أهلية أوناقصها أو غائب.

٤ – الإذن للنيابة العامة فى نقل النقود والأوراق المالية والمستندات والمصوغات وغيرها مما يخشى عليه من أموال عديمى الأهلية أو ناقصيها والغائبين إلى خزانة أحد المصارف أو إلى مكان أمين.

٥- المنازعات حول السفر إلى الخارج بعد سماع أقوال ذوى الشأن» .

١٦٥- التطور التشريعي للنص :

كان مشروع القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ يتضمن نصا برقم ٢٦ يجرى -بعد التعديل الذى أدخلته عليه اللجنة المشتركة بمجلس الشعب- على أن : « مع مراعاة أحكام القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية وتعديلاته المختلفة - يختص قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية دون غيره بإصدار أمر على عريضة بمنع الزوجة أو الأولاد القصر من السفر أو من استخراج جواز سفر- بحسب الأحوال- إذا ثار نزاع في هذا الشأن ، ويختص كذلك بإصدار أمر على عريضة بمنع الزوج من السفر إذا صدر عليه حكم قضائى واجب النفاذ لمدة ثلاثة شهور بدفع النفقة مع قدرته بعد التنبيه عليه بالدفع.

ويصدر القاضى أمره بالمنع من السفر لمدة محددة قابلة للتجديد، وذلك وفقا للقواعد والإجراءات الخاصة بالأوامر على عرائض المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية بعد سماع أقوال ذوى الشأن. وله فى جميع الأحوال أن يرفض الطلب إذاكان مقدمه قد أساء استعمال حقه فى طلب المنع من السفر وينتهى مفعول الأمر تلقائيا بالتنازل عنه فى أى وقت» .

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع القانون عن هذا النص : « وقد جاء النص فى المشروع على هذا النحو استصحابا للأصل المقرر فى المادة ٤١ من الدستور، وإعمالا لمبادئ الشريعة الإسلامية الغراء باعتبارها المصدر الرئيسى للتشريع ، وللقواعد المنصوص عليها فى المادة الخامسة من القانون المدنى التى تقنن نظرية إساءة استعمال الحق من مصدرها الأصلى فى فقه الشريعة

الإسلامية، وفى نفس الوقت التزم النص بأحد المبادئ الأساسية لضمانات التقاضى، وهو مبدأ المواجهة ، فأوجب على القاضى ألا يصدر أمره إلا بعد سماع أقوال ذوى الشأن ، تمكينا لأطراف المنازعة من إبداء وجهات نظرهم حتى يقف القاضى عليها ويصدر أمره عن بصر وبصيرة ».

وجاء عن هذه المادة بتقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب ما يأتى : «وتود اللجنة أن تؤكد بشأن هذا التعديل على المبادئ الآتية :

المبدأ الأول :

للزوج أن يطلب من زوجته عدم السفر بحكم قوامته عليها.

المبدأ الثاني :

عندما يريد الزوج إلزام زوجته بعدم السفر فإنه يلجأ للقاضى ، وذلك بدلا من اللجوء إلى وزير الداخلية لتنفيذ المنع من السفر كما يقضى القانون القائم.

المبدأ الثالث :

يرفض القاضى إصدار الأمر بمنع السفر إذا وجد أن هناك تعسفا فى استعمال الحق. فالمادة ٥ من القانون المدنى تنص على أن« يكون استعمال الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية :

١ – إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

٢ – إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لاتتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

٣ – إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة.

هذه الأحوال الثلاثة تجعل القاضى يرفض اصدار الأمر ، ومعنى هذا أن الأصل هو حق الزوج فى منع زوجته من السفر، الخلاف هنا هو أن الزوج بدلا من أن يخاطب وزير الداخلية بشأن منع زوجته من السفر فإنه يذهب للقاضى ليس عن طريق رفع قضية بل من أجل إصدار أمر على عريضة بالمنع من السفر.

المبدأ الرابع :

أن المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات تقضى بأن كل من صدر عليه حكم قضائى واجب النفاذ بدفع نفقة لزوجته أو أقاربه أواصهاره .. وامتنع عن الدفع مع قدرته عليه يحكم عليه بالحبس مدة ثلاثة شهور مع التنبيه عليه بالدفع.

هنا الزوجة ترى زوجها متيسرا ويمتنع عن الدفع، للزوجة أن تطلب من القاضى أن يمنعه من السفر.

المبدأ الخامس :

هذا القرار الخاص بالمنع من السفر محدد المدة ويجدد ، وفى استطاعة القاضى فى التجديد الثانى أن يرفض الطلب لأنه راعى الأحوال الثلاث الواردة فى المادة (٥) من القانون المدنى.

المبدأ السادس :

يجوز التنازل عن المنع من السفر فى أى وقت، وبهذا يسقط أمر المنع بالتنازل» .

إلا أن هذه المادة قوبلت باعتراض بعض أعضاء مجلس الشعب تأسيسا على مخالفتها لمبادئ الشريعة الاسلامية ، وبعد موافقة المجلس على مشروع القانون من حيث المبدأ سحبت الحكومة هذا النص ، ورأت الاكتفاء بالبند (٥) من الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون الإصدار، هذه الفقرة التي أضافتها الحكومة أيضا بعد موافقة المجلس على مشروع القانون من حيث المبدأ لتواجه إلغاء الكتاب الرابع من قانون المرافعات وما به من حالات يصدر بها أمر على عريضة استنادا إلى أن قانون المرافعات يوجب استصدار الأوامر على العرائض في الأحوال التي ينص عليها القانون.

١٦٦-أحكام إصدار أوامر علي عرائض في المنازعات حول السفر إلي الخارج :

نصت الفقرة الثانية من المادة في البند الخامس منها على أن يختص قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية دون غيره بإصدار أمر على عريضة في المنازعات حول السفر إلى الخارج بعد سماع أقوال ذوي الشأن».

وعبارة « المنازعات حول السفر إلى الخارج» وإن كان قد قصد منها المنازعات بين الزوجين حول سفر الزوجة أو الأولاد القصر إلى الخارج إلا أنها جاءت بالنص عامة.

وينبني على هذا النص أنه إذا ثارت منازعة بين الزوجين حول سفر الزوجة أو سفرها مع أولادها القصر إلى الخارج ، كأن تريد الزوجة السفر إلى الخارج أو السفر مع أولادها القصر إلى الخارج فيمنعها الزوج. فإنه يكون للزوجة أن تتقدم بعريضة إلى قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية تتظلم فيها من منع زوجها لها أو لأولادها القصر من السفر إلى الخارج وتطلب منه الإذن لها بالسفر.

ويتعين على القاضى قبل إصدار أمره أن يسمع أقوال كل من الزوجين.

وقد أراد المشرع بهذا الحكم الالتزام بأحد المبادئ الأساسية لضمانات التقاضى ، وهو مبدأ المواجهة، فأوجب على القاضى ألا يصدر أمره إلا بعد سماع أقوال ذوى الشأن تمكينا لأطراف المنازعة من إبداء وجهات نظرهم حتى يقف القاضى عليها ويصدر أمره عن بصر وبصيرة [(١)].

فإذا وجد القاضى أن الزوج فى منعه زوجته أو أولاده القصر من السفر قد استعمل الحق المقرر له طبقا للشرع والقانون ، ولم يكن استعماله هذا الحق مشوبا بالتعسف ، كان للقاضى أن يأذن للزوجة أو لأولادها القصر بالسفر حسب الأحوال.

ولما ذكرنا سلفا أن نظرية التعسف فى استعمال الحق معروضة منذ القدم فى بعض مذاهب الفقه الإسلامى، وكان هذا الفقه من المصادر التشريعية لنص المادة (٥) من التقنين المدنى الجديد واستمدت منه بوجه خاص الضوابط الثلاثة التى اشتملت عليه.

(راجع بند ١٦١).

ومن أمثلة الحالات التى يتعسف فيها الزوج فى منع زوجته أو أولاده القصر من السفر إلى الخارج، منعها من السفر للعلاج أولعلاج أحد أبنائها إذا كان العلاج غير ممكن بالبلاد.

وكذلك منع الزوجة من السفر للخارج لتمثيل البلاد فى مؤتمر علمى خاصة إذا كانت فترة المؤتمر قصيرة.

إنما لايعتبر الزوج متعسفا فى استعمال حقه، إذا منع الزوجة من السفر إلى الخارج للعمل ، لما يترتب على سفرها من فوات حقه فى الاحتباس لفترة طويلة ، وبما يترتب عليه من إضرار بالزوج والأسرة بأسرها.

---

(١)المذكرة الإيضاحية القانون.

والقرار الصادر من القاضى بالإذن بالسفر أى رفض الإذن بالسفر يجوز التظلم منه على النحو الموضح بالمواد ١٩٧ ، ١٩٨، ١٩٩ من قانون المرافعات.

١٦٧ - مخالفة تقييد حق الزوج فى منع زوجته من الاستمرار فى العمل لأحكام الشريعة الاسلامية :

الراجح فى كافة المذاهب أنه ذا كانت الزوجة محترفة عملا يضطرها إلى التواجد خارج منزل الزوجية النهار كله أو بعضه أو الليل كله أو بعضه ثم تقضى فى بيت الزوجية بقية الوقت، فلا يتحقق مع هذا العمل التسليم الكامل الذى هو شرط وجوب النفقة، فاذا كان الزوج راضيا بذلك كان مسقطا حقه فى الاحتباس الكامل مكتفيا منه بالناقص، ووجبت عليه النفقة.

أما اذا لم يرض الزوج بهذا الاحتباس الناقص وطلب منها العدول عنه فلم تمتثل، كانت ناشزة، وسقطت نفقتها لفوات الاحتباس الكامل وخروجها عن طاعته. وكذلك لو رضى بخروج المرأة للعمل فى أول الأمر، ثم طلب منها الامتناع عن الاستمرار فى العمل، فأبت لأن رفضها فى هذه الحالة يعتبر نشوزا.

ولم يفرق الفقهاء بين الأعمال التى تتولاها المرأة خارج مسكن الزوجية، فمادام الزوج لا يرضى بخروجها للعمل، كان عليها الامتثال،

والا كانت ناشزة ولو كان العمل الذى تؤديه من الأعمال الضرورية للمجتمع كعمل القابلة والطبيبة، وليس للزوج أن يمنعها من الاشتغال فى البيت بعمل كالحياكة وأشغال التريكو وعمل المنتجات الزراعية مادام ذلك لايعوقها عن قيامها بحقوق الزوجية وواجباتها[١].

ففى الفقه الحنفى جاء بالبحر الرائق شرح كنز الرقائق جـ٤ فى باب النفقة ص ١٨٠ «ذكر فى المجتبى واذا سلمت نفسها بالنهار دون الليل أو على عكسه لا تستحق النفقة لأن التسليم ناقص قلت وبهذا عرف جواب واقعة فى زماننا بأنه اذا تزوج من المحترفات التى تكون عامة النهار فى الكارخانة والليل مع الزوج لا نفقة لها». فى ص ١٩٥ وما بعدها «وقيد خروج القابلة والغاسلة باذن الزوج وفسر الغاسلة بمن تغسل الموتى وينبغى أن للزوج أن يمنع القابلة والغاسلة من الخروج لأن فى الخروج اضرار به وهى محبوسة لحقه وحقه مقدم على فرض الكفاية... وقالوا هنا له أن يمنع امرأته من الغزل ولا تتطوع للصلاة والصوم بغير اذن الزوج كذا فى الظهيرية وينبغى عدم تخصيص الغزل بل له أن يمنعها من الأعمال كلها المقتضية للكسب لأنها مستغنية عنه لوجوب كفايتها عليه».

---

(١) وجاء بمنحة الخالق على البحر الرائق جـ٤ ص ١٩٥: «لو كان لها ولد من غيره وأرادت أن ترضعه وتربيه هل له منعها والذى يجب أن يقال أن له منعها يدل عليه ما فى التتار خانية عن الكافى فى اجارة الظئر وللزوج أن يمنع امرأته عما يوجب خللا فى حقه وما فيها أيضا نقلا عن السغناقى ولأنها فى الارضاع والسهر تتعب ذلك ينقص جمالها وجمالها حق الزوج فكان له أن يمنعها».

وجاء بالدر وشرحه: «ولو سلمت نفسها بالليل دون النهار أو عكسه فلا نفقة لنقص التسليم. قال فى المجتبى: وبه عرف جواب واقعة فى زماننا أنه لو تزوج من المحترفات التى تكون بالنهار فى مصالحها وبالليل عنده فلا نفقة لها» «وحاشية ابن عابدين جـ٣ ص ٥٥٧».

وجاء بكتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا فى المادة ١٦٩ أن: «الزوجة المحترفة التى تكون خارج البيت نهارا وعند الزوج ليلا اذا منعها من الخروج وعصته وخرجت فلا نفقة لها مادامت خارجة».

وفى الفقه الشافعى جاء بحاشية الشيخ البجيرمى على شرح المنهاج الجزء الرابع ص ١١٢، ص ١١٣ ما نصه: (تجب المؤمن على صغير لا لصغيرة بالتمكين لا بالعقد «قوله بالتمكين» أى التام، وخرج به ما لو مكنته ليلا فقط أو فى دار مخصوصة فلا نفقة لها).

وفى فقه المالكية جاء فى كتاب مواهب الجليل لشرح مختصر سيدى خليل ص ١٨٨ (من موانع النفقة النشوز، ومنع لوطء والاستمتاع نشوز، والخروج بدون اذن نشوز) وقال الأبهرى وغيره (أجمعوا على أن الناشز لا نفقة لها) وفى الفقه الحنبلى، جاء فى كتاب المغنى والشرح الكبير لابن قدامة جـ٨ ص ١٥٤ ما نصه: (مسألة) **قال:** واذا سافرت زوجته باذنه فلا نفقة لها، ولا قسم أى سافرت فى حاجتها، لأن القسم للأنس والنفقة للتمكين من الاستمتاع، وقد تعذر ذلك بسبب من جهتها فتسقط، وفى هذا تنبيه على سقوطها اذا سافرت بغير اذنه. فانه إذا سقط حقها من ذلك لعدم التمكين بأمر ليس فيه نشوز ولا معصية فلأن يسقط بالنشوز والمعصية أولى[1].

---

(١) ورد ما جاء بمذهب الشافعية والمالكية والحنابلة بفتوى دار الافتاء المصرية بتاريخ ١٩٧٩/٢/٧ فى الطلب رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٩.

وجاء بفتوى دار الافتاء المصرية بتاريخ ١٩٧٨/١٠/٢١ فى الطلب رقم ٢٧٥ لسنة ١٩٧٨:

«ولا يقدح هذا فى الحق المقرر للمرأة فى العمل المشروع وأن لها شخصيتها وذمتها المالية متى كانت بالغة عاقلة، لأن المشروعية لا تنافى المنع اذ من المقرر شرعا أن للزوج أن يمنع زوجته من صلاة وصوم النوافل مع أنها عبادة مشروعة».

كما جاء بفتواها الصادرة بتاريخ ١٩٧٩/٢/٧ فى الطلب رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٩ أن (... وللزوج اذا رضى بعمل زوجته العدول عن هذا، وعليها التجاوب مع رغبته والقرار فى منزل الزوجية لأن الحقوق الزوجية متقابلة، اذ عليه الانفاق وعليها الاحتباس فى المنزل. ولم يفرق الفقهاء عند بيان حق الزوج فى منع زوجته من الاحتراف بين عمل وعمل وقد قال الله سبحانه وتعالى: فى كتابه الحكيم الآية ٣٤ من سورة النساء: ﴿الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ان الله كان عليا كبيرا... الخ﴾.

ولما كان نص الفقرة الخامسة من المادة الأولى سالفة الذكر، لم يخول الزوج الحق فى منع زوجته من الاستمرار فى العمل خارج المنزل بصفة مطلقة، وانما قيد حقه فى ذلك طالما أذن لها صراحة أو ضمنا بالعمل خارج المنزل فأجازه استثناء فى الحالتين سالفتى الذكر، فان المادة تكون قد خالفت أحكام الشريعة الاسلامية فى هذا الشأن.

ولما كانت المادة الثانية من دستور سنة ١٩٧١ (المعدلة بقرار مجلس

الشعب بتعديل الدستور بجلسته المنعقدة فى ١٩٨٠/٤/٣٠ والمعمول بها بعد التعديل اعتبارا من ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠) تنص على أن: «الاسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية ومباىء الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع» - ومقتضى هذا النص أن تستمد كافة التشريعات التى تسرى فى البلاد يا كان نوعها مدنية كانت أو جنائية أو متعلقة بالأحوال الشخصية... الخ من أحكام الشريعة الاسلامية، وان كان لا يلزم فى ذلك التقيد بمذهب معين. فاذا صدر تشريع مخالف لأحكام الشريعة الاسلامية كان التشريع غير دستورى لمخالفته نص المادة الثانية من الدستور سالفة الذكر. وإذ خالف حكم الفقرة الخامسة من المادة الأولى سالفة الذكر أحكام الشريعة الاسلامية على النحو السالف بيانه، فانه يكون قد خالف نص المادة الثانية من الدستور، وأضحى النص غير دستورى فى خصوصية ما قضى به من تقييد حق الزوج فى منع زوجته من الاستمرار فى العمل.

موضوع رقم (٤)
نفقـــة العـــدة

١٦٨ - خطة البحث:

لما كانت نفقة العدة تتفق فى الكثير من أحكامها مع نفقة الزوجية، فسيكون محل دراستنا هنا الأحكام التى تنفرد بها نفقة العدة، على أن يرجع فى الأحكام المشتركة بينهما إلى موضوع رقم (٣) الخاص بنفقة الزوجية.

١٦٩ - المعتدات اللائى تجب لهن نفقة العدة:

تجب نفقة العدة لكل من:

١ - المعتدة من طلاق رجعى أو بائن، سواء كانت البينونة صغرى أو كبرى(١).

وسند الحنفية فى استحقاق النفقة للمعتدة من طلاق بائن أن الآية القرآنية التى أوجبت النفقة الزوجية ﴿لينفق ذو سعة من سعته﴾ جاءت عامة تشمل الزوجات والمطلقات رجعياً كان الطلاق أو بائناً، وقوله تعالى فى شأن المعتدات: ﴿لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن لا أن يأتين بفاحشة مبينة﴾، وقوله: ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن﴾، جاء جميعاً دالاً على ابقاء المعتدة على ما كانت عليه قبل الطلاق سواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً.

ولأن النفقة جزاء الاحتباس، والاحتباس قائم فى مدة العدة.

---

(١) حاشية ابن عابدين - جـ٣ - ص٦٠٩.

أما قوله تعالى: ﴿وان كان أولات حمل فأنفقوا عليهن﴾ فقد نص على نفقة المعتدة الحامل لأن عدتها تكون غالباً أطول من غيرها فتجب لغيرها من باب أولى.

وأما حديث فاطمة بنت قيس[1] النافى للنفقة فقد رده عمر بقوله: ﴿لا نترك كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة لا ندرى أحفظت أم نسيت﴾[2].

---

(١) ونص الحديث: ﴿بت زوجى طلاقى فلم يجعل لى رسول الله نفقة ولا سكنى﴾.

(٢) **أما الشافعية والمالكية وجمهور السلف** فقد ذهبوا إلى أن المعتدة من طلاق بائن لها السكنى حاملاً كانت أو غير حامل، ولها النفقة أيضاً إذا كانت حاملاً استناداً إلى:

١- قوله تعالى: ﴿اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن، وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن﴾، فان ضمائر النسوة فيه ترجع إلى المبانات، وقد أوجب لهن السكنى دون تفصيل وعلق وجوب النفقة لهن بالحمل، فتجب بوجوده وتنتفى بانتفائه.

٢- بما روى عن فاطمة بنت قيس (راجع نص الحديث فى هامش ٢).

٣- أنه لا ارتباط بين النفقة والسكنى نفياً - كما ذهب الحنابلة والظاهرية - ولا اثباتاً كما ذهب إليه الحنفية، لأن النفقة تجب فى نظير بقاء حق الرجعة للزوجة فتكون للمطلقة رجعياً، أو لاحياء الولد فتكون للحامل، والسكنى تجب لتمكين المطلقة من اتمام التربص المطلوب منها فتكون لكل مطلقة.

أما الحنابلة والظاهرية واسحاق وأبو ثور، فقد ذهبوا إلى أنها لا سكنى لها ولا نفقة ولو كانت حاملاً، واستندوا فى ذلك إلى ما روى عن فاطمة بنت قيس، وأن النفقة والسكنى انما تجبان فى مقابل ثبوت حق الرجعة للزوج وهو لا يملك فى الطلاق البائن رجعة، وأن للمطلقة بائناً أن تعتد حيث تشاء، وليس لأحد أن يمنعها من الخروج من بيتها.

والمعتدة كالزوجة تسقط نفقتها إذا ثبت نشوزها، بأن تخرج من بيتها فى غير حالة الضرورة(١).

وإذا كان مفروضاً للمرأة حال زوجيتها نفقة زوجية، ثم طلقت فان المفروض يستمر ولا يسقط بالطلاق، لأن المطلقة ما دامت فى عدتها فهى محبوسة على ذمة المطلق لبقاء أثر النكاح ما دامت فى العدة.

وفى هذا افتت دار الافتاء المصرية بتاريخ ٢٢ يناير سنة ١٩١٨ بأن:

«نفيد: أن صاحب الفتاوى الأنقروية نقل بصحيفة ١١٠ جزء أول وكذا صاحب الفتاوى المهدية بصحيفة ٣٨٨ جزء أول اختلافاً بين علماء المذهب فى كون النفقة المفروضة تسقط بالطلاق كالموت أو لا تسقط، وأما فرض القاضى الذى هو حكم بالنفقة فلا يسقط بالطلاق بل يبقى الفرض مستمراً فى مدة العدة لأن المطلقة ما دامت فى عدة مطلقها فهى محبوسة على ذمته لبقاء أثر النكاح ما دامت فى العدة ولو كان الطلاق بائناً فلا تحتاج إلى فرض جديد. وأما يتعلق بانقضاء العدة وعدمه فالقول قولها فى ذلك لأنه لا يعلم الا من جهتها».

(١) وفى هذا أفتت دار الافتاء المصرية بتاريخ ١٩٢٠/١٢/١٧ بأن:

«اطلعنا على هذا السؤال. ونفيد: أن المنصوص عليه شرعاً ان المطلقة تعتد فى البيت المضاف إلى الزوجين بالسكنى قبل التفرقة وان طلقت وهى فى غير مسكنها عادت إليه فوراً ولا تخرج منه إلا أن يصير اخراجها أو ينهدم أو يخشى انهدامه أو تلف مال المرأة أو لا تجد كراء المسكن فتنتقل معتدة الطلاق إلى حيث يشاء الزوج. ولا تخرج معتدة الطلاق رجعياً كان أو بائناً من بيتها إلا لضرورة بحيث لو خرجت إلى مسكن آخر بغير اذن الزوج وبلا ضرورة تكون ناشزة ولا تستحق النفقة. فهى والزوجة فى حكم الطاعة والنشوز سواء ما دامت فى العدة».

كما قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٨٤/٤/٢٤ فى الطعن رقم ٣٣ لسنة ٥٢ق «أحوال شخصية» بأن :

«لما كان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن لفظ النفقة – فى القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩، والمرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية قد جاء عاماً مطلقاً فيشمل نفقة الزوجية ونفقة العدة على سواء ولأن نفقة العدة هى فى حقيقتها نفقة زوجة على زوجها، وكان الحكم المطعون فيه إذ أيد الحكم الابتدائى بتطليق المطعون عليها على الطاعن وعدله بجعل المقضى به نفقة زوجية نفقة عدة لها من تاريخ الحكم بالتطليق لحين انقضاء عدتها شرعاً، يكون قد فصل فى طلب كان مطروحاً أمام محكمة أول درجة» .

٢- المعتدة من فرقة هى تطليق من القاضى بسبب من قبل الزوج لأن القاضى ينوب عن الزوج فى التطليق فكأن الزوج هو الذى طلق زوجته[١] .

٣- المعتدة من فرقة هى فسخ لعقد الزواج، إذا كان الفسخ بسبب من قبل الزوج، سواء كان السبب معصية كفعله مع احدى أصول الزوجة أو فروعها ما يوجب حرمة المصاهرة أو ابائه عن الاسلام أو ردته، أو ليس معصية كاختياره نفسه عند البلوغ أو الافاقة أو الايلاء أو اللعان.

---

(١) عمر عبدالله، ص٥٦٥ – نقض طعن رقم ٤٠ لسنة ٥٤ق – أحوال شخصية – جلسة ١٩٨٧/٥/٢٦.

وسواء حصلت الفرقة بغير قضاء القاضى أو بقضائه. فالفسخ يأخذ حكم الطلاق البائن فى أكثر أحكامه وبخاصة ما يتعلق منها بالعدة.

٤- المعتدة من فرقة بسبب من جانبها ليس بمعصية، كما إذا كانت العصمة بيدها فطلقت نفسها من زوجها، واختيارها نفسها عند البلوغ أو الافاقة أو بسبب نقصان مهرها عن مهر مثلها إذا زوجت نفسها بدون وليها.

أما إذا كان سبب الفرقة معصية من جهتها، كردتها أو امتناعها عن الاسلام بعد اسلام زوجها ولم تكن كتابية أو فعلها مع أحد أصول زوجها أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة، فليس لها الا السكنى فقط، وتسقط باقى أنواع النفقة الأخرى لأن سكنى المعتدة فى بيت العدة - وهو البيت الذى كانت تقيم فيه وقت الفرقة قد تعلق به حقان: أحدهما حق المرأة الممنوعة من الخروج والثانى حق الشرع لصيانتها زمن العدة، فيسقط بفعلها ما هو حق خالص لها وهو أنواع النفقة الأخرى عدا السكنى لما فيها من حق الشرع[1].

انما لا تجب النفقة لكل من:

١- المعتدة من وفاة: فلا تستحق النفقة عند الأحناف ولوكانت حاملاً لأنه لا وجه لإيجاب ذلك على الزوج لانتهاء الزوجية بموته، ولا على

---

(١) حاشية ابن عابدين - جـ٣ - ص٦١١ - الدكتور عبدالرحمن تاج - ص٤٠٧ وما بعدها.

الـورثـة لأن العـدة أثـر من آثـار عقد الزواج وهو عقد شخصى محض فكل ما يترتب عليه من الحقوق يكون حقاً شخصياً، والورثة لم يكونوا طرفاً فى العـقـد.

وبهذا افتت دار الافتاء المصرية بتاريخ ١٩١٨/٣/٢٠ وجاء بفتواها :

«اطلعنا على السؤال ونفيد أنه نص المادة (٣٣١) من كتاب الأحوال الشخصية على أنه لا تجب النفقة بأنواعها للحرة المتوفى عنها زوجها سواء كانت حائلاً أو حاملاً. ومن ذلك يعلم أنه لا نفقة للزوجة المذكورة فى تركة المتوفى المذكور» .

٢- المعتدة من فرقة فى زواج فاسد أو وطء بشبهة، لأن عقد الزوج الفاسد لا يترتب عليه أى حق من حقوق الزوجية ولا تجب للمرأة فى عقد الزواج الفاسد نفقة، فبطريق الأولى لا تجب لها نفقة فى فترة العدة.

وليس هناك عقد أصلاً فى حالة الوطء بشبهة.

١٧٠ - تاريخ بدء العدة بالنسبة للنفقة :

(أ) حكم المادة (٥مكررا) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ :

تنص المادة (٥ مكرراً) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أن:

«على المطلق أن يوثق اشهاد طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثين يوماً من ايقاع الطلاق.

وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه، فان لم تحضره كان على الموثق اعلان ايقاع الطلاق لشخصها على يد محضر، وعلى الموثق تسليم نسخة اشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها، وفق الاجراءات التى يصدر بها قرار من وزير العدل.

وتترتب آثار الطلاق من تاريخ ايقاعه إلا إذا أخفاه الزوج من الزوجة، فلا تترتب آثاره من حيث الميراث والحقوق المالية الأخرى إلا من تاريخ علمها به»(١).

وقد رصدت المادة (٤٣ مكرراً)(٢) المضافة بذات القانون عقوبة جنائية جزاء مخالفة أحكام المادة السابقة.

وسنتناول دراسة هاتين المادتين تفصيلاً عند تناول أحكام الطلاق والرجعة بالكتاب الرابع، ولذا نكتفى هنا بايضاح ما يأتى:

١ - أن النص أوجب على المطلق أن يوثق اشهاد طلاقه لدى الموظف المختص خلال ثلاثين يوماً من ايقاع الطلاق، واعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه أى بتوقيعها على اشهاد الطلاق، أو باعلان الموثق لها بايقاع

---

(١) وكانت المادة (٥ مكرراً) المضافة بالقرار بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ تنص على أن:

«يجب على المطلق أن يبادر إلى توثيق اشهاد طلاقه لدى الموثق المختص.

وتترتب آثار الطلاق بالنسبة للزوجة من تاريخ علمها به.

وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه، فاذا لم تحضره كان على المطلق اعلانها بوقوع الطلاق على يد محضر مع شخصها أو فى محل اقامتها الذى يرشد عنه المطلق، وعلى الموثق تسليم نسخة اشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها وذلك كله وفق الأوضاع والاجراءات التى يصدر بها قرار من وزير العدل.

(٢) وهى تقابل المادة (٢٣ مكرراً) المضافة بالقرار بقانون ٤٤ السنة ١٩٧٩.

الطلاق لشخصها على يد محضر، كما أوجب على الموثق تسليم نسخة اشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها وفق الاجراءات التى يصدر بها قرار من وزير العدل، وقد صدر فى هذا الشأن قرار وزير العدل رقم ٣٢٩٩ لسنة ١٩٨٥.

غير أن المشرع لم يقصر علم الزوجة بالطلاق على هاتين الوسيلتين بل يجوز لها اثبات وقوع الطلاق بكافة طرق الاثبات المقررة شرعا[١].

٢- أن المادة فرقت فى تاريخ ترتيب آثار الطلاق عند اخفاء الزوج له بين آثاره غير المالية وبين آثاره المالية.

ومثال الآثار غير المالية للطلاق مدة العدة وحق الزوج فى مراجعة مطلقته رجعياً وبعض أحكام النسب.

ومثال الآثار المالية للطلاق الميراث ونفقة العدة والمتعة ومؤخر الصداق[٢].

٣- تترتب آثار الطلاق غير المالية من تاريخ ايقاعه ولو أخفاه الزوج عن زوجته، ولم تعلم به من طريق آخر، ذلك أن هذه الآثار من حقوق الله

(١) تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن مشروع القانون - عبدالناصر العطار فى الأسرة وقانون الأحوال الشخصية - ص١٠٢.

(٢) تصريح الدكتور محمد على محجوب - مقرر اللجنة المشتركة بمجلس الشعب حال مناقشة المادة (مضبطة المجلس - الطبعة المؤقتة - الجلسة ٩٧ بتاريخ ١٩٨٥/٧/١ - ص٤).

ورغم أن الميراث حق مالى إلا أن النص خصه بالذكر، ثم أعقبه بعبارة «والحقوق المالية الأخرى» - وقد علل رئيس مجلس الشعب ذلك بقوله: «كان البعض يريد أن يقتصر على الحقوق المالية ولكنى طالبت اللجنة بوضع كلمة «الميراث» لاظهاره فقد يشك فى أنه حق مالى لأن له صفة أخرى... الخ» - (مضبطة المجلس - الطبعة المؤقتة - الجلسة ٩٧ بتاريخ ١٩٨٥/٧/١ - ص١٣).

والاحتياط فيها واجب، فتبدأ عدة المطلقة من تاريخ الطلاق لأن العدة أجل حدده الشارع بعد حصول سببها وهو الطلاق فتوجد دون توقف على العلم بها.

أما آثار الطلاق المالية ومنها النفقة فلا تترتب إلا من تاريخ علم الزوجة بالطلاق سواء بالوسيلتين المنصوص عليهما بالمادة أو عن طريق اثبات حصول الطلاق بأى طريق من طرق الاثبات الشرعية.

ومعنى ذلك أن المطلقة تظل تتقاضى حقوقها المالية كزوجة حتى يتحقق علمها بالطلاق. فاذا علمت بالطلاق، فانه يبدأ من تاريخ هذا العلم حقها فى المطالبة بحقوقها المالية.

ويترتب على ذلك تعديل بدء بعض المواعيد التى نصت عليها بعض التشريعات. ومن أمثلة ذلك:

١- ما نصت عليه الفقرة السابعة من المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ (المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥) من أنه: «ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى»، فقد أسلفنا أن هذا النص يسرى على نفقة العدة، ومن ثم لا تبدأ مدة السنة المذكورة إلا من تاريخ علم المطلقة بالطلاق. فحكم الفقرة المذكورة يعتبر معدلاً بالمادة (٥ مكرراً) سالفة الذكر.

٢- ما نصت عليه المادة ١/١٧ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ من أنه: «لا تسمع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق» - فلا تبدأ المدة المذكورة إلا منذ تاريخ علم المطلقة بطلاقها. ويعتبر حكم الفقرة المذكورة معدلاً بالمادة (٥ مكرراً) سالفة الذكر.

٣- ما نصت عليه المادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية قبل إلغاء اللائحة بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ من أن: «القضاة ممنوعون من سماع الدعوى التى مضى عليها خمس عشرة سنة مع تمكن المدعى من رفعها وعدم العذر الشرعى له فى عدم اقامتها إلا فى الارث والوقف فانه لا يمنع من سماعها إلا بعد ثلاث وثلاثين سنة مع التمكن وعدم العذر الشرعى وهذا كله مع الانكار للحق فى تلك المدة» - فلا تبدأ المدة المنصوص عليها بهذه المادة إلا من تاريخ علم المطلقة بالطلاق. ويعتبر حكم المادة معدلاً بالمادة (٥ مكرراً)[١].

كما يترتب على حكم المادة (٥ مكرراً) أن المطلقة التى تستحق النفقة تعتبر نفقتها ديناً فى ذمة المطلق من تاريخ علمها بالطلاق بلا توقف على قضاء أو رضاء، ويعتبر حكم هذه المادة معدلاً لما نصت عليه المادة الثانية من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ التى تقضى بأن: «المطلقة التى تستحق النفقة تعتبر نفقتها ديناً، كما فى المادة السابقة، من تاريخ الطلاق».

(أنظر أيضاً بند ١٧٤).

وقد أخذ المشرع فى ذلك على ما أفصحت عنه المذكرة الايضاحية للقانون - بما قرره جمهور الفقهاء - من أن آثار الطلاق تترتب من وقت وقوعه وبرأى بعض فقهاء الأحناف وابن حزم الظاهرى من ترتيب آثار الطلاق من وقت العلم به بالنسبة للزوجة فى حالة ما إذا كتم الزوج طلاق الزوجة أو أخفاه عنها[٢]. فقد جاء بالمذكرة الايضاحية للقانون أنه:

---

(١) يؤيد ذلك ما صرح به مقرر اللجنة المشتركة حال مناقشة المادة بمجلس الشعب من أنه: «... لأن الحقوق المالية كالميراث، والنفقة، ومؤخر الصداق، كل هذه حقوق لا تسقط بالتقادم إلا من تاريخ علم هذه المطلقة بهذا الطلاق». والمعنى الذى يقصده مقرر اللجنة المشتركة أن مدة عدم سماع الدعوى عن الحقوق المذكورة لا تبدأ إلا من تاريخ علم المطلقة بالطلاق.

«مضبطة مجلس الشعب - الطبعة المؤقتة - الجلسة ٩٧ بتاريخ ١٩٨٥/٧/١ - ص٤».

(٢) المذكرة الايضاحية للقانون.

«ولما كان قد ظهر من استقصاء حالات الطلاق أن بعض الأزواج قد لجأوا إلى ايقاع الطلاق فى غيبة زوجاتهم وأخفوا عنهن خبره وفي هذا اضرار بالمطلقات وتعليق لهن بدون مبرر، بل أن بعض الأزواج كان يوثق الطلاق رسمياً لدى الموثق ثم يحتفظ بورقتى الطلاق لديه متظاهراً للزوجة باستدامة عشرتها حتى إذا ما وقع خلاف بينهما أبرز سند الطلاق شاهراً اياه فى وجهها محاولاً به اسقاط حقوقها، وقد سبق لبعض فقهاء المذهب الحنفى أن واجهوا حال اخفاء الطلاق بتأخير بدء العدة إلى وقت الاقرار من الزوج بحدوث الطلاق فقالوا: لو كتم طلاقها لم تنقض العدة زجراً له، بمعنى أن الزوج إذا طلق زوجته وأخفى عنها الطلاق ثم أقر بعد ذلك به لم تبدأ العدة إلا من وقت هذا الاقرار ولا يعتد باسناد الطلاق إلى تاريخ سابق (الدر المختار للحصفكي وحاشية رد المحتار لابن عابدين الجزء الثانى فى باب العدة.... ورتبت هذه المادة آثار الطلاق طبقاً لما قرره جمهور الفقهاء بأنه من وقت وقوعه، وهذه هى القاعدة العامة فى آثار الطلاق وأخذ المشروع رأى بعض فقهاء الأحناف وابن حزم الظاهرى بأن تكون آثار الطلاق من وقت العلم به بالنسبة للزوجة فى حالة ما إذا كتم الزوج طلاق الزوجة أو أخفاه عنها... الخ).

والمادة تتناول عدة الطلاق الذى يوقعه الزوج **أما إذا كان القاضى هو الذى أوقع الطلاق**، فان عدة المطلقة تبدأ من تاريخ صيرورة الحكم نهائياً.

وفى هذا افتت دار الافتاء المصرية بتاريخ ١٩٥٧/٥/٢٧ بأن:

«.. ولا تبدأ العدة فى الطلاق الغيابى الصادر من المحكمة إلا إذا صار نهائياً، بأن مضت مدة المعارضة والاستئناف، ولم يعارض فيه ولم يستأنف، أو استؤنف وتأيد، أما إذا لم يصر الحكم بالطلاق نهائياً فلا يحوز قوة الشئ

المحكوم فيـه، ولا يكـون الطلاق نافذاً تترتـب عليه آثاره ومنه العدة حتى يكون نهائياً. والله أعلم».

(ب) التعديل الوارد بالمادة ٢١ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ :

نصت المادة ٢١ من القـانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصـدار قـانون تنظيـم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية على أن :« لايعتد فى إثبات الطلاق عند الإنكار إلا بالإشهاد والتوثيق..... ولايعتد فى إثبات الطلاق فى حق أى من الزوجين إلا إذا كان حاضرا إجراءات التوثيق بنفسه أوبمن ينوب عنه، أو من تاريخ إعلانه بموجب ورقة رسمية».

وينبنى على هذا النص ما يأتى :

١ – أن آثار الطلاق غير المالية لاتترتب من تاريخ إيقاعه إلا إذا كان ثابتا بالإشهاد ووثيقة رسمية، مالم تنكر الزوجة الطلاق.

٢ – أن الزوجة إذا ادعت وقوع الطلاق وأنكره الزوج ، فلا يثبت الطلاق إلا بالإشهاد ووثيقة رسمية .

١٧١- انواع نفقة العدة :

تجب للمعتدة كافة أنواع النفقة التى تجب للزوجة، فيجب لها الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وبدل الفرش والغطاء وأجر الخادم ومؤنسة.

غير أنه لما كانت الكسوة تجب للزوجة كل ستة أشهر، فان الكسوة لا تستحق للمعتدة إلا إذا بلغت عدتها ستة أشهر. فإذا طالبت المعتدة بالكسوة قبل أن يمضى على عدتها ستة أشهر وجب على المحكمة رفض طلبها[1].

وبهذا الرأى قضت محكمة بركة السبع الجزئية بتاريخ ١٩٨٧/١١/١٠ فى الدعوى رقم ١٤١ لسنة ١٩٨٥.

١٧٢- الصلح على نفقة العدة:

الصلح على نفقة العدة، هو تقدير الطرفين لها.

وقد جاء بالدر المختار: «ولو صالحها عن نفقة العدة إن بالأشهر صح، وان بالحيض لا للجهالة»[2] - وقد أخذت قلة من الفقه[3] وبعض المحاكم بهذا الرأى، وذهبت إلى أنه يجوز الصلح على نفقة العدة إذا كانت بالأشهر، أما إذا كانت بالحيض فانه لا يصح للجهالة لاحتمال أن يمتد الطهر بالمرأة، وأن ما قضت به المادتان السابعة عشرة والثامنة عشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ من عدم سماع دعوى نفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق، وتنفيذ حكم بنفقة عدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق متفق مع هذا لأن المنع من المطالبة بنفقة العدة بعد سنة من تاريخ الطلاق لا يجعل العدة معلومة ولا يدفع الجهالة لاحتمال انقضاء العدة بالحيض قبل مضى سنة فلا زالت الجهالة قائمة.

---

(١) فى هذا المعنى حاشية ابن عابدين - جـ٣ - ص٦٠٩ وما بعدها، فقد جاء به «قوله ان طالت المدة» أشار إلى الاعتذار عن محمد حيث لم يذكر الكسوة، وذلك لأن العدة لا تطول غالباً فيستغنى عنها حتى لو احتاجت إليها لطول المدة كممتدة الطهر يجب».

(٢) مطبوع مع حاشية ابن عابدين - جـ٣ - ص٦١٠.

(٣) المستشار صلاح الدين زغو - ص١٦٧ وما بعدها.

بينما ذهبت بعض الأحكام إلى أن تحديد أقصى مدة يمكن فيها ادعاء عدم انقضاء العدة يجعل الصلح على نفقتها صحيحاً فلا يقبل الدفع بعدم جوازه لأن العدة غير محدودة[١].

غير أن أغلب الفقهاء القدامى – وفى مقدمتهم العلامة ابن عابدين – والمحدثين خالفوا ما جاء بالدر المختار وأخذت به بعض المحاكم، وذهبوا إلى أن جهالة المصالح عنه لا تضر، وأن الصلح على مجهول صحيح لأن جهالته لا تفضى إلى المنازعة ولأن المصالح عنه ساقط[٢].

---

(١) مصر الشرعية الدعوى ١٣٢٩ لسنة ١٩٣٧ مستأنف بتاريخ ١٩٣٨/٤/٣ – أيضاً محكمة السيدة فى ١٩٥٢/١/٢٨ مشار إليه فى صلاح الدين زغو ص١٦٨ هامش ١.

(٢) فقد جاء **بحاشية ابن عابدين** – جـ٣ – ص٦١٠ – تعليقاً على ما جاء بالدر المختار:

«... أن جهالة المصالح عنه لا تضر، ثم رأيت المقدسى فى باب الخلع اعترض كذلك، وقد يجاب بأن المراد جهالة ما يثبت فى الذمة، بخلاف الدين الثابت فى الذمة إذا صولح عنه فإن جهالته لا تضر».

كما جاء فى الجزء السابع من حاشيته فى (كتاب الصلح) ص٢١٩ ما يأتى:

«وتقدم فى باب الاستحقاق صحة الصلح عن مجهول على معلوم، لأن جهالة الساقط لا تفضى إلى المنازعة، ولأن المصالح عنه ساقط فهو مثل الابراء عن المجهول فانه جائز عندنا لما ذكر».

وجاء ببدائع الصنائع – جـ٦ – ص٤٩ ما يأتى:

«وأما كون المصالح عنه معلوماً فليس بشرط لجواز الصلح حتى أن من ادعى على آخر حقاً فى عين فأقر به المدعى عليه أو انكر فصالح على مال معلوم جاز لأن الصلح كما يصح بطريق المعاوضة يصح بطريق الاسقاط ولا يمكن تصحيحه هنا بطريق المعاوضة لجهالة أحد البدلين فيصحح بطريق الاسقاط فلا يؤدى إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم والقبض لأن الساقط لا يحتمل ذلك».

وطبقاً لهذا الرأى - الذى نأخذ به - يكون الصلح على نفقة العدة أياً كان نوعها، سواء بالحيض أو بالأشهر صحيحاً، ولا يمنع من ذلك جهالة العدة بالحيض فى بعض الحالات.

١٧٣- الإبراء من نفقة العدة:

راجع بند (١٣٦).

١٧٤- عدم سماع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق:

تنص الفقرة الأولى من المادة (١٧) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن:

=وجاء بمؤلف فقه السنة للأستاذ السيد سابق - المجلد الثانى - الجزء الثانى عشر - ص٣٩٢:

«ويشترط فى المصالح عنه الشروط الآتية:

١- أن يكون مالا متقوما أو يكون منفعة، ولا يشترط العلم به لأنه لا يحتاج فيه إلى التسليم».

وجاء بمؤلف الصلح بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني طبعة ١٩٧٨ للدكتور يس محمد يحيى - ص٢٩٨:

«يشترط أن يكون المصالح عنه معلوماً ان كان يحتاج إلى القبض والتسليم، فان لم يحتاج إلى القبض والتسليم فلا يشترط فيه هذا الشرط ويجوز أن يكون مجهولاً، والعلة فى ذلك أن المصالح عنه ان كان مما يحتاج إلى التسليم يجب أن يكون معلوماً لأن جهالته تفضى إلى المنازعة وليس الأمر كذلك ان كان لا يحتاج إلى التسليم».

«لا تسمع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق».

وقد حدا المشرع إلى وضع هذا النص - على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون المذكور - أنه بناء على الأحكام الواجب تطبيقها الآن (وقت صدوره) بمقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ تستطيع المطلقة أن تأخذ نفقة عدة مدة طويلة بدون حق فانها إذا كانت مرضعة قد تدعى أن الحيض لم يأتها طول مدة الرضاعة وهى سنتان ثم تدعى بعد ذلك أنه لا يأتيها إلا مرة واحدة كل سنة وقولها مقبول فى ذلك وتتوصل إلى أن تأخذ نفقة عدة مدة خمس سنين وإذا كانت غير مرضع قد تدعى أن الحيض يأتيها مرة واحدة فى كل سنة فتتوصل إلى أن تأخذ نفقة عدة ثلاث سنين(١).

ولما كان هذا الادعاء خلاف العادة الشائعة فى النساء كثرت شكوى الأزواج من تلاعب المطلقات واحتيالهن لأخذ نفقة عدة بدون حق. فرأت الوزارة أن المصلحة داعية إلى تعديل هذا الحكم بناء على ما ثبت من تقرير

(١) فكانت تنص المادة الثالثة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على أن: من تأخر حيضها بغير رضاع تعتبر عدتها بالنسبة للنفقة بسنة بيضاء لا ترى فيها الحيض، فان ادعت أنها رأت الدم فى أثنائها. أخرت إلى أن ترى الدم مرة أخرى، أو يمضى عليها سنة بيضاء، وفى الثالثة ان رأت الدم انقضت عدتها، وان لم تره تنقضى عدتها بانتهاء السنة، فان كانت مرضعاً وحاضت فى أثناء الرضاع اعتدت بالاقراء. وان تأخر حيضها مدة الرضاع كان الحكم فى تأخر حيضها هو ما تقدم. وفى الحالين لا تسمع دعواها أن لها عادة فى الحيض لأكثر من سنة. وقد تدخل المشرع بهذا النص لمعالجة بعض الآثار الضارة التى تترتب على تطبيق فقه المذهب الحنفى فى انقضاء العدة، فالمعتدة من طلاق إذا اعتدت بالاقراء ثم لم تر الدم، فانها إذا بلغت سن اليأس تستأنف العدة من جديد، وتعتد بالأشهر، فاذا انقطع حيضها فى الثلاثين فانها تنتظر معتدة إلى الخامسة والخمسين، ولا شك أن فى ذلك قطع للسبيل عليها فى الزواج وارهاق كبير للزوج فى الاستمرار بالانفاق عليها طوال فترة العدة، فضلاً عما كانت تدعيه بعض المطلقات من عدم رؤية الحيض بقصد الحصول على نفقة العدة لمدة طويلة.

الطبيب الشرعي وهو أن أقصى مدة الحمل سنة وعلى أن لولى الأمر حق منع القضاة من سماع بعض الدعاوى التى شاع فيها التزوير والاحتيال فوضعت الفقرة الأولى من المادة ١٧ من مشرع القانون».

وليس معنى هذا النص انقضاء العدة بمضى السنة، والا كان ذلك نسخاً لما جاء بالقرآن. فالقانون لم يتعرض للعدة ولا لانتهائها، ولا لحل تزوج المطلقة، وانما منعها من المطالبة بنفقة عدة أكثر من سنة من تاريخ الطلاق فقط[1]، للاعتبارات التى أفصحت عنها المذكرة الايضاحية للقانون. ومن ثم لا يجوز للمطلقة طلب نفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق، ويكون الجزاء عند هذا الطلب هو قضاء المحكمة بعدم سماع الدعوى.

فإذا حصل الطلاق بتاريخ ١٩٨٧/١/٣، وطالبت المطلقة بنفقة عدة من هذا التاريخ حتى ١٩٨٨/٦/٣ قضت المحكمة بعدم سماع دعواها عن المدة التى تجاوز سنة من تاريخ الطلاق أى عن المدة من ١٩٨٨/١/٣ حتى ١٩٨٨/٦/٣. وتحسب مدة السنة طبقاً للتقويم الميلادى[2] وعدد أيامها ٣٦٥ يوماً عملاً بالمادة ٢٣ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التى تنص على أن: «المراد بالنسبة فى المواد من (١٢ إلى ١٨) هى التى عدد أيامها ٣٦٥ يوماً».

وتحسب مدة السنة من تاريخ الطلاق، فإذا أخفى الزوج الطلاق عن زوجته، يبدأ حساب هذا الميعاد من تاريخ علمها بالطلاق، عملاً بالفقرة الثالثة من المادة (٥ مكرراً) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ التى تجرى على أن: «وتترتب آثار الطلاق من تاريخ ايقاعه إلا إذا أخفاه الزوج من الزوجة، فلا تترتب آثاره من حيث

(١) الدكتور أحمد الغندور - الطلاق فى الشريعة الاسلامية والقانون - ص٢٩٦.

(٢) بركة السبع الجزئية بتاريخ ١٩٨٧/١٢/٢٢ - الدعوى رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧ - مركز المنيا الجزئية بتاريخ ١٩٨٥/٦/١٣ فى الدعوى رقم ١٤٥ لسنة ١٩٨٥.

الميراث والحقوق المالية الأخرى إلا من تاريخ علمها به. (راجع في التفصيل بند ١٧٠).

وتطبيقاً لما تقدم قضت محكمة النقض بأن :

١- «وحيث أن هذا النعي في محله، ذلك أنه لما كان يشترط لسماع الدعوى بنفقة العدة ألا تزيد المدة المطالب بهذه النفقة عنها على سنة من تاريخ الطلاق وهو ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ١٧ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ من أنه: «لا تسمع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق»».

(طعن رقم ٢٧ لسنة ٣٩ق- أحوال شخصية - جلسة ١٩٧٤/٥/٢٢).

٢- «ومفاد نص الفقرة الثانية من المادة ٧ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن المشرع قد جعل مدة السنة التالية للطلاق حدا تعتد فيه المطلقة فيما تدعيه من عدم انقضاء عدتها».

(طعن رقم ٤٦ لسنة ٥٣ق - أحوال شخصية - جلسة ١٩٨٤/٥/٢٢)[1]

---

(١) **ولذلك قضت محكمة بركة السبع الجزئية بتاريخ ١٩٨٧/١١/١٧ في الدعوى رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧ بأن:**

«وحيث أن نص المادة ١٧ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ قد جرى على أنه: «.....»، وهذا النص صريح في أن المطلقة لا تستحق نفقة قبل مطلقها زائدة على ما تستحقه من نفقة لعدتها إلا في سنة ميلادية كاملة من تاريخ الطلاق وإذا لم تقر بانقضاء عدتها بسبب شرعي في أثنائها.

وحيث أنه بانزال ما تقدم على واقعة الدعوى وإذ كان المدعي قد طلق المدعى عليها في ١٩٨٦/٤/٢٤ طلقة ثانية رجعية حسبما هو ثابت باشهاد الطلاق المقدم منه وقد مضى أكثر من عام على وقوع هذا الطلاق وقد مثلت المدعى عليها باحدى الجلسات ولم تقر =

وتقضى المحكمة من تلقاء نفسها بعدم سماع الدعوى إذا تحققت شروطه، ولو لم يدفع به من الخصم لتعلق هذا الدفع بالنظام العام.

١٧٥- عدم تنفيذ حكم بنفقة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق:

نصت المادة (١٨) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن: «لا يجوز تنفيذ حكم بنفقة صادر بعد العمل بهذا القانون لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق ولا يجوز تنفيذ حكم صادر قبل العمل بهذا القانون لمدة بعد صدوره إلا بمقدار ما يكمل سنه من تاريخ الطلاق».

فالمشرع بعد أن نص فى المادة (١٧) على أن لا تسمع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق، وهو نص اجرائى لا يسرى إلا على الدعاوى التى رفعت بعد العمل به، رأى أن يوائم بينه وبين أحكام نفقة العدة الصادرة قبل وبعد العمل به عن دعاوى رفعت قبل نفاذه وذلك بقصر تنفيذ الحكم لمدة لا تزيد على سنة من تاريخ الطلاق أو ما يكمل سنة من تاريخ الطلاق.

= بانقضاء عدتها قبل مضى عام من تاريخ الطلاق وخلت الأوراق مما يغاير ذلك. ومن ثم تكون دعوى المدعى صحيحة ويتعين اجابته إلى طلبه... الخ».

كما قضت محكمة بندر شبين الكوم الجزئية بتاريخ ١٩٨٧/١١/٢٤ فى الدعوى رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٦ بأن:

«... ومن ثم فانها تقضى للمدعية بفرض نفقة عدة من تاريخ طلاقها فى ١٩٨٦/٩/٢٠ وحتى انقضائها منه شرعاً، وطالما أنها لم تقر بانقضاء عدتها بسبب شرعى فانها تستمر فى العدة طوال فترة سنة من تاريخ الطلاق تستحق خلالها نفقة عدة ولا يجوز لها أن تنفذ على مطلقها بنفقة عدة تزيد على ذلك عملاً بالمادة ١٧ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٥ المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، ولما كانت المدعية طلقت فى تاريخ ١٩٨٦/٩/٢٠ ولم تقر بأن عدتها قد انتهت بسبب شرعى ومن ثم فان نفقة عدتها تنتهى بمضى سنة من تاريخ الطلاق وهو ١٩٨٧/٩/٢١».

وعلى ذلك إذا صدر قبل العمل بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أو بعده حكم فى دعوى نفقة عدة رفعت قبل العمل به، فانه لا يجوز للمطلقة تنفيذ هذا الحكم لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق. ويكون للمطلق اما رفع دعوى بابطال المقرر بالحكم المذكور فيما زاد على السنة. أو الاستشكال فى تنفيذ الحكم طالباً وقف تنفيذه فيما جاوز هذه السنة.

وقد جاء بالمذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون عن هذه المادة: «ولما كانت أحكام النفقة تقدر من غير تحديد مدة رئى من اللازم وضع الفقرة الأولى من المادة (١٨) مكملة لحكم المادة (١٧) لمنع تنفيذ أحكام النفقات بعد مضى سنة من تاريخ الطلاق غير أن هناك من هذه الأحكام ما صدر طبقاً للتشريع الحالى فهل ننفذ هذه الأحكام لمدة ثلاث سنين أو خمس سنين طبقاً للتشريع الذى صدرت الأحكام بمقتضاه مع سقوط ذلك التشريع من يوم العمل بالقانون الجديد أو يسرى حكم القانون الجديد على تلك الأحكام بناء على أنه هو القانون الوحيد الذى يجب العمل به لأنه حل محل القانون القديم.

رأت الوزارة فى هذا الموضوع أن تجعل مدة السنة تبتدئ من تاريخ الطلاق فوضعت الفقرة الثانية من المادة (١٨) من المشروع ولكن إذا كان وقت العمل بهذا القانون قد مضى على تاريخ الطلاق أكثر من سنة فلا تنفذ المطلقة الا بما يكون مستحقاً لأنه أصبح حقاً مكتسباً لها والحقوق المكتسبة لا تمس».

موضوع رقم (٥)

النفقة المؤقتة

أولاً: فرض المحكمة الجزئية للنفقة المؤقتة

١٧٦ - النص القانوني:

المادة ١٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (المستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥):

«تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسراً أو عسراً على ألا تقل النفقة فى حالة العسر عن القدر الذى يفى بحاجتها الضرورية.

وعلى القاضى فى حالة قيام سبب استحقاق النفقة، وتوفر شروطه أن يفرض للزوجة ولصغارها منه فى مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى نفقة مؤقتة (بحاجتها الضرورية) بحكم غير مسبب واجب النفاذ فوراً إلى حين الحكم بالنفقة بحكم واجب النفاذ.

وللزوج أن يجرى المقاصة بين ما أداه من النفقة المؤقتة وبين النفقة المحكوم بها عليه نهائياً، بحيث لا يقل ما تقبضه الزوجة وصغارها عن القدر الذى يفى بحاجتهم الضرورية».

١٧٧ - الحكمة من فرض النفقة المؤقتة:

راعى الشارع أن نظر دعوى نفقة الزوجة والصغار قد يستغرق وقتاً طويلاً، خاصة أنه كثيراً ما يصدر فيها حكم تمهيدى باحالتها إلى التحقيق لاثبات ونفى يسار الزوج، كما يعمد الزوج أحياناً إلى اطالة أمد التقاضى بغية الكيد والاضرار بزوجته، فأوجب على القاضى فى حالة قيام سبب استحقاق النفقة وتوفر شروطه أن يفرض للزوجة وصغارها فى مدى أسبوعين على الأكثر من

تاريخ رفع الدعوى نفقة مؤقتة بحكم غير مسبب واجب النفاذ فوراً إلى حين الحكم بالنفقة بحكم واجب النفاذ وذلك اسعافاً للزوجة وحماية لها ورأفة بها من مغبة الانتظار دون مورد تتعيش منه حتى انتهاء اجراءات التقاضي وصدور حكم بالنفقة من محكمة أول درجة.

وهذه الحكمة المبتغاة من النص تسعها بل وتوجبها أحكام الشريعة الإسلامية، فمطل الغني ظلم، ومطل الزوج فى الوفاء بالتزامه بالانفاق على زوجته وكيده لها لحرمانها من الحد الأدنى اللازم للعيش ظلم أفدح يجب رفعه والزجر عنه حماية للأسرة والمجتمع[1].

١٧٨ - النفقة المؤقتة لا تفرض دون طلب:

النفقة المؤقتة لا تفرض الا بناء على طلب الزوجة أو من له الولاية على نفس الصغار فالقضاء لا يحكم بما لم يطلب منه. وما أوردته الفقرة الثانية من المادة (١٦) من أنه: «**وعلى القاضى**.. أن يفرض للزوجة ولصغارها منه فى مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى نفقة مؤقتة.. الخ»، يفيد الزام القاضى بفرض النفقة المؤقتة إذا طلبت وتوافر سبب استحقاقها وشروطه، لا أن يقضى بها من تلقاء نفسه.

ويكون طلب النفقة المؤقتة اما بصحيفة الدعوى أو بطلب عارض. والطلب العارض يكون بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة أو بطلب يقدم شفاها فى الجلسة فى حضور الخصم ويثبت فى محضرها (م١٢٣ مرافعات).

(١) تقرير اللجنة المشتركة من اللجنة التشريعية ومكتب لجنة الشئون الاجتماعية والأوقاف والشئون الدينية عن القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩.

١٧٩ - لمن يقضى بالنفقة المؤقتة ؟

يقضى بالنفقة المؤقتة للزوجة ولصغارها على الزوج، وكان مشروع القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ يقصر القضاء بالنفقة المؤقتة على الزوجة فعدل النص باللجنة المشتركة بمجلس الشعب ليشمل فرض النفقة المؤقتة للصغار، **وفى هذا جاء بتقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب**: «ارتأت اللجنة تعديل المادة ١٦ بسحب الحكم الوارد بشأن النفقة المؤقتة للزوجة إلى صغارها من الزوج لتحقيق الحكمة التى ورد من أجلها النص باعتبارهم أحوج ما يكون إلى الرعاية العاجلة»[١].

ومثل الزوجة فى ذلك المطلقة، لأن الزوجية تعتبر قائمة حكماً، وإذا انتهت عدة المطلقة قبل الحكم لها فى أصل الدعوى بالنفقة النهائية فانه يجب وقف تنفيذ النفقة المؤقتة من تاريخ انتهاء العدة أو مضى سنة على الطلاق أيهما أقل لأن النفقة المؤقتة تدور مع النفقة الأصلية وجوداً وعدماً فإذا سقط حق الزوجة فى النفقة النهائية سقط حقها فى النفقة المؤقتة إذا أنها فرع الأصل ومن المقرر أنه إذا سقط الأصل سقط الفرع.

ويجوز للزوج طلب ابطال النفقة المؤقتة من المحكمة التى تنظر أصل الدعوى، أو عن طريق الاستشكال فى تنفيذ الحكم.

والنص لا يجيز فرض النفقة المؤقتة للأبناء الكبار والوالدين والأقارب من الحواشى.

وكان القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن تعديل أحكام بعض

---

(١) الأستاذ كمال البنا فى مرافعات الأحوال الشخصية - ص٢٣٧ وما بعدها.

النفقات (الملغى) يجيز للأبناء الكبار والوالدين استصدار أمر من المحكمة المنظور أمامها الدعوى بتقدير نفقة وقتية لهم[1] .

(١) فكان ينص فى الفقرة الأولى من مادته الأولى على أن : « تنظر الدعاوى المتعلقة بنفقة الزوجة أو المطلقة أوالأبناء أو الوالدين على وجه الاستعجال ولطالب النفقة أن يستصدر أمرا من المحكمة المنظور أمامها الدعوى بتقدير نفقة وقتية له»- وهذا الطلب كان يبدى إما شفاهة أثناء الجلسة ويثبت فى محضرها، أو يقدم به طلب مستقل بعرض على القاضى للنظر فيه بالقبول أو الرفض.

وقد صدر من السيد النائب العام الكتاب الدورى رقم ٥ لسنة ١٩٧٨ (أحوال شخصية - نفس) بتاريخ ١/٢٥ ١٩٧٨) بشأن الإجراءات الواجبة الاتباع بشأن الحصول على أمر بتقدير نفقة وقتية ننشره فيما يلى :

النيابة العامة

مكتب النائب العام

كتاب دوري رقم ٥ لسنة ١٩٧٨

(احوال شخصية - نفس)

استفسرت بعض النيابات عن الإجراءات الواجبة الاتباع بشأن الحصول على أمربتقدير نفقة وقتية اعمالا لما تنص عليه المادةالأولى من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦١ بشأن تعديل أحكام بعض النفقات.

وننبه إلى أنه يتبع فى شأن استصدار أمربتقدير نفقة وقتية لطالب النفقة ما يلى:

١- إذا أبدى الطلب شفاهة أثناء الجلسة أثبت فى محضرها أما إذا قدم طلب مستقل فيعرض على السيد القاضى للنظر فيه بالقبول أو الرفض ويعلى الطلب على الملف ويودع به ولايستحق رسم على الطلب فى الحالتين كما لايستحق أية تمغات.

٢- إذا أجيب الطلب وفرضت النفقة الوقتية يسوى الرسم على أساس ما فرض ويخصم ما تم تحصيله من رسوم عند تقديم صحيفة دعوى النفقة.

٣- يعطى الطالب صورة تنفيذية من الأمر الصادر بتقدير النفقة الوقتية بدون تقديم طلب ولا يستحق على الصورة رسوم.

٤- بصدور الحكم النهائى فى الدعوى يوقف أثر الأمر على أن يخصم ما يكون قد حصل من نفقة نفاذاً للأمر الوقتى.

فنرجو النيابات إلى اتباع الإجراءات المتقدمة والعمل بمقتضاها.

القاهرة فى ١/٢٥ ١٩٧٨

النائب العام

امضاء

(ابراهيم مصطفى القليوبى)

والواضح من نص الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ (الملغى) سالفة الذكر أنه خول الزوجة والمطلقة وصغارهما أيضا الحق فى استصدار أمر من المحكمة المنظور أمامها الدعوى بتقدير نفقة وقتية . وقد ذهبنا فى الطبعة السابقة من الكتاب قبل إلغاء القانون ٦٢ لسنة ١٩٧٦ إلى أن الفقرة الثانية من المادة ١٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ معدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ وقد نصت على أن : « وعلى القاضى فى حالة قيام سبب النفقة وتوفر شروطه أن يفرض للزوجة ولصغارها منه فى مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى نفقة مؤقتة « بحاجتها الضرورية» بحكم غير بسبب .... الخ»، فإن مفاد ذلك أن النص الأخير حدد سبيل الحصول على النفقة المؤقتة للزوجة أو للمطلقة أو لصغارهما من الزوج أو المطلق بحكم يصدر من المحكمة التى تنظر الدعوى، وليس بأمر ومن ثم لايجوز استصدار أوامر على عريضة بنفقة وقتية من القاضى الذى ينظر الدعوى، وبذلك يكون هناك تعارض بين حكم الفقرة الثانية من المادة ١٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة١٩٢٩ (المعدلة) وبين حكم الفقرة الأولى من المادة الأولى من

١٧٣ - شروط القضاء بالنفقة المؤقتة :

١- قيام سبب استحقاق النفقة وتوافر شروطه:

فقد نصت الفقرة الثانية من المادة على أن القاضى يفرض النفقة المؤقتة (فى حالة قيام سبب استحقاق النفقة، وتوفر شروطه) .

القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦- فى هذا الصدد- ولماكانت المادة الثانية من القانون المدنى تنص على أنه : « لايجوز إلغاء نص تشريعى إلابتشريع لاحق ينص على هذا الالغاء أويشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القائم أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع» ، ومن ثم فإنه إزاء هذا التعارض بين النصين سالفى الذكر، ويكون النص الوارد بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ناسخاً لحكم النص الوارد بالقانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ بصدد الطريق الذى تسلكه الزوجة أو المطلقة للحصول على نفقة مؤقتة لها ولصغارها ، يضاف إلى ذلك أن المادة الخامسة من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ نصت على أن: « يلغى كل ما يخالف أحكام هذا القانون» .

وبالتالى لم يكن للزوجة أوالمطلقة استصدار أمر على عريضة بنفقة مؤقتة لها أولصغارها من المحكمة التى تنظر الدعوى، إنما يظل الطريق الذى نصت عليه الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ قائما بالنسبة لتقدير النفقة المؤقتة للأبناء الكبار والوالدين والمقصود بالوالدين الأصول والفروع. وقد انتهى هذا الطريق بإلغاء القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ .

وسبب استحقاق النفقة وشروطه بالنسبة للزوجة، هو الزوجية الصحيحة، والبقاء فى العصمة، واحتباس الزوجة على ذمة زوجها حقيقة أو حكماً – بالتفصيل السابق – ويثبت ذلك فى الدعوى بتقديم الزوجة وثيقة زواجها، أو باقرار الزوج بالزوجية، لأن المقرر شرعاً أن الأصل فى الزوجة البقاء فى العصمة والشأن فيها الطاعة، إلا إذا ادعى الزوج تزوير وثيقة الزواج واتخذ اجراءات الادعاء بالتزوير المنصوص عليها فى قانون الاثبات، أو إذا لم تقدم الزوجة وثيقة الزواج وأنكر هو الزوجية، أو ادعى نشوزها وقدم الدليل على ذلك كانذار طاعة لم تعترض عليه الزوجة، أو ادعى أنها لا تستحق النفقة لابرائه منها وقدم اشهاد طلاق على الابراء من النفقة.

ويثبت سبب استحقاق النفقة وشروطه بالنسبة للصغار، بتقديم الزوجة مستخرجات رسمية بتاريخ ميلادهم، لأن الأصل فى الصغير الفقر، إلا إذا أنكر الزوج نسب الصغار أو ادعى أنهم فى يده وقدم دليلاً أو قرينة على ذلك، أو أنهم ليسوا فقراء وقدم دليلاً أو قرينة على ذلك.

انما لا يتوقف القضاء بفرض النفقة المؤقتة على ثبوت حالة الزوج المالية والاجتماعية، لأن من شأن ذلك اطالة مدة فرض النفقة المؤقتة وفوات الحكمة منها.

٢- حاجة الزوجة أو المطلقة أو الصغار إلى النفقة المؤقتة:

يشترط للقضاء بالنفقة المؤقتة حاجة الزوجة أو المطلقة أو الصغار إلى

النفقة الضرورية(١)، وهذا الشرط لم يصرح به النص كالشرط السابق، وانما هو مستفاد من فحواه ومن أعماله التحضيرية. فقد أوجب النص فرض نفقة مؤقتة بحاجة الزوجة والصغار الضرورية، فهى نفقة للحاجة فإذا انتفت الحاجة فقدت النفقة المؤقتة دواعيها، وسبيل الزوجة والصغار هو الحصول على النفقة النهائية فقط طالما أنهم ليسوا بحاجة إلى نجدة سريعة تدفع عنهم الحاجة إلى النفقة، ويفصح عن ذلك ما جاء بالمذكرة الايضاحية للقانون من أن «والملحوظ فى هذا هو ألا تترك الزوجة مدة قد يطول فيها التقاضى دون أن يكون لها مورد تعيش منه فكان من واجبات القاضى أن يبادر إلى تقرير النفقة المؤقتة بالمقدار الذى يفى بحاجتها الضرورية فى ضوء ما استشفه من الأوراق والمرافعة مادامت قد توافرت أمامه أسباب استحقاق الزوجة النفقة وتحققت الشروط».

ويستشف القاضى من أوراق الدعوى ومرافعتها حاجة الزوجة أو الصغار إلى النفقة ويستمد ذلك من أى دليل أو قرينة ومن القرائن على حاجة الزوجة إلى النفقة المؤقتة، أن تطلب هذه النفقة فى صحيفة دعواها، فمبادرتها بطلبها قرينة على حاجتها إليها، كما تثبت حاجة الزوجة إلى النفقة المؤقتة من شهادة رسمية من رجال الإدارة المحليين.

ومن القرائن على عدم حاجة الزوجة إلى النفقة أن تقر الزوجة بصحيفة دعواها أو يثبت من بطاقة رسمية لها أنها عاملة.

وللزوج أن يقدم من المستندات ما يدلل على عدم حاجة الزوجة أو الصغار إلى النفقة المؤقتة، بأن يقدم دليلاً أو قرينة على أن لهم مالاً.

---

(١) من هذا الرأى المستشار أحمد نصر الجندى ٣١٤.

١٨١- تقدير النفقة المؤقتة:

جرى نص الفقرة الثانية من المادة (١٦) على أن: «وعلى القاضى فى حالة قيام سبب استحقاق النفقة، وتوفر شروطه أن يفرض للزوجة ولصغارها منه.... نفقة مؤقتة بحاجتها الضرورية».

فالنفقة المؤقتة شرعت للضرورة، وهى سد حاجة الزوجة وصغارها حتى يفصل فى أصل الدعوى، وعلى ذلك فالنفقة المؤقتة التى يفرضها القاضى هى النفقة التى تفى بحاجات الزوجة وصغارها الضرورية، وهى النفقة التى تفرض لزوجة المعسر، وهو ما يعبر عنها فى العرف القضائى بنفقة الفقراء. ولا شك أن تقدير النفقة على هذا النحو يساعد على سرعة القضاء بها فتحقق الحماية المرجوة للزوجة ولصغارها(١).

وقد جاء بتقرير اللجنة المشتركة عن مشروع القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ - المقضى بعدم دستوريته - بصدد النص المقابل للنص الحالى ما يأتى:

«نصت الفقرة الثانية من المادة (١٦) آنفة الذكر على التزام القاضى بفرض نفقة مؤقتة فى حال قيام سبب استحقاق النفقة وتوفر شروط هذا السبب وذلك فى خلال أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى وبحكم غير مسبب وواجب النفاذ فوراً حتى يتم الحكم فى النزاع على النفقة وقد قدرت النفقة المؤقتة بما يكفى لسد الحاجة الضرورية والتى يطلق عليها فى العرف القضائى «نفقة الفقراء» وذلك اسعافاً للزوجة وحماية لها ورأفة بها من مغبة الانتظار دون مورد تتعيش منه

(١) عكس ذلك المستشار أحمد نصر الجندى ص٣١٢ - فيرى أن النفقة المؤقتة تقدر بنفقة الكفاية، وما وجب كفاية لا يتقدر شرعاً فى نفسه لأن نفقة الكفاية تختلف فيها أحوال الناس بحسب الشباب والهرم وبحسب الأوقات والأماكن.

حتى انتهاء اجراءات التقاضى وصدور حكم بالنفقة من محكمة أول درجة»[١].

١٨٢- ميعاد اصدار الحكم بالنفقة المؤقتة :

نصت الفقرة الثانية من المادة (١٦) على أن يصدر الحكم بالنفقة المؤقتة «فى مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى».

ورفع الدعوى يتم بايداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة (م٦٣ مرافعات) أما اعلان الصحيفة فهو شرط لانعقاد الخصومة ما لم يحضر المدعى عليه.

وهذا الميعاد يستلزم من قلم الكتاب تحديد جلسة لنظر الدعوى قبل انقضاء أسبوعين من تاريخ ايداع الصحيفة، كما يستلزم من قلم المحضرين أن يقوم باعلان صحيفة الدعوى قبل انقضاء هذا الميعاد وذلك عملاً بالمادة ١/٦٨ مرافعات التى تجرى على أن: «على قلم المحضرين أن يقوم باعلان صحيفة الدعوى خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ تسليمها إليه إلا إذا كان قد حدد لنظر الدعوى جلسة تقع فى أثناء هذا الميعاد فعندئذ يجب أن يتم

---

(١) ومما يؤيد أن النفقة المؤقتة هى (نفقة الفقراء) أن أحد أعضاء مجلس الشعب صرح أثناء مناقشة المادة بالمجلس: أن النص لن ينفذ لأن القاضى سيصدر حكمه بنفقة قليلة ولم يعترض أحد على ما قرره.

فقد قرر العضو السيد اسماعيل السمنودى: المقصود بهذا الاقتراح بمشروع قانون هو مصلحة الأسرة، ولقد ورد بالفقرة الثانية من هذه المادة النص التالى: «وعلى القاضى فى حالة قيام سبب استحقاق النفقة، وتوفر شروطه أن يفرض للزوجة ولصغارها منه فى مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى نفقة مؤقتة «بحاجتها الضرورية» وفى الواقع فانى أقول لحضراتكم أن هذا النص لن ينفذ، لماذا؟ لأن القاضى حين يصدر حكمه بالنفقة، تكون قليلة، ولهذا فانى أقترح بالنسبة لقضايا التفقة أن تلغى المعارضة بالنسبة لها حرصاً على مصلحة الزوجة والأطفال.

(مضبطة مجلس الشعب – الطبعة المؤقتة – الجلسة ٩٨ بتاريخ أول يوليو سنة ١٩٨٥ – ص٢٨).

الاعـلان قبل الجلسـة، وذلك كله مع مراعاة ميـعـاد الحـضـور» ، وميعاد الحـضـور المشـار إليـه ثمـانية أيام أمام محـاكـم المـواد الجزئية ويجـوز فى حـالة الضـرورة نقص هذا الميـعاد إلى أربع وعشرين سـاعة ويكون نقص الميعـاد باذن من قاضى الأمور الوقتية وتعلن صورته للخصم مع صحيفة الدعوى (م٦٦ مرافعات).

أمـا إذا تسـلمت الـزوجـة أصـل صحـيفة الـدعوى وصـورها بعـد قيـدها بقلم الكـتاب لتـتـولى تقديمهـا إلى قلم المحضرين لاعلانها ورد الأصل إليها لتقوم باعادتها إلى قلم الكتاب (م٦٧/٣ مرافعات مضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٧٤) فـانه يجب على الزوجة أيضـاً بالاضـافـة إلى قلم المحضرين مراعاة اتمام الاعلان قبل فوات ميعاد الأسبوعين، ومراعاة ميعاد الحضـور.

وميعـاد الحضـور مقرر لمصـلحة المدعى عليه، ولا يتـرتب البطـلان على عدم مراعاته وذلك بغير اخلال بحقه فى التأجيل لاستكمال الميعاد (م٦٩ مرافعات).

فـإذا لم يـراع ميعـاد الحضـور كـان للـزوج أن يطـلـب مـن المحكمة التـأجـيل بمـا يـوازى النقص فى ميعاد الحضـور للاستـعداد فى طلبات المدعية.

وإذا فرض ولم يتم اعلان الزوج بصحيفة الدعوى، سواء خلال ميعاد الأسبوعين المذكورين، أو بعده ولم يحضر الزوج أمام المحكمة فانه لا يجوز القضاء بفرض النفقة المؤقتة لأن الخصومة لا تكون قد انعقدت، وإذ حكمت المحكمة بالنفقة المؤقتة كان قضاؤها باطلاً لا بتنائه على اجراءات باطلة.

ولم تنص المادة على جزاء مخالفة ميعاد الأسبوعين سالف الذكر، ومن ثم فهو ميعاد تنظيمى، ولا يترتب على مخالفته ثمة بطلان.

١٨٣- فرض النفقة المؤقتة من تاريخ الحكم:

النفقة المؤقتة تستحق من تاريخ الحكم بها، لأنها شرعت لسد الحاجة الضرورية، وقد اندفعت هذه الحاجة فى المدة السابقة على الحكم، فلا يقضى بمتجمد نفقة مؤقتة[١].

١٨٤- عدم تسبيب الحكم الصادر بالنفقة المؤقتة:

نصت الفقرة الثانية من المادة (١٦) على صدور الحكم بالنفقة المؤقتة «بحكم غير مسبب». ولم يتطلب الشارع تسبيب هذا الحكم رغبة منه فى رفع العنت عن القضاة من جراء تسبيب هذه الأحكام وهى كثيرة، وهو ما يؤدى فى نفس الوقت إلى الفصل فى طلبات النفقة المؤقتة بالسرعة المطلوبة رعاية للزوجات والصغار.

فالحكم الصادر بالنفقة المؤقتة يقتصر على منطوقه، ويبين القاضى فى هذا المنطوق أن النفقة المقضى بها موقتة، ومقدار النفقة المقضى بها للزوجة والصغار، وتاريخ فرض النفقة وهو تاريخ الحكم. وإذا لم يبين القاضى تاريخ الفرض، كان الفرض من يوم الحكم على نحو ما أوضحناه سلفاً.

١٨٥- الحكم الصادر بالنفقة المؤقتة واجب النفاذ بنص القانون:

نصت الفقرة الثانية من المادة (١٦) على أن القاضى يفرض النفقة المؤقتة «بحكم غير مسبب واجب النفاذ إلى حين الحكم بالتفقة بحكم واجب النفاذ».

وعلى ذلك فإن الحكم الصادر بالنفقة المؤقتة واجب النفاذ بلا كفالة بنص القانون، ومن ثم لا مبرر لأن ينص القاضى على شموله بالنفاذ بلا كفالة.

(١) الدكتور عبدالناصر العطار ص٤٨ - الأستاذ كمال البنا ص٢٣٨.

وهذا الحكم يتفق مع نص المادة ٦٥ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية[١].

(أنظر فى التفصيل ١٩٧).

١٨٦- زوال القوة التنفيذية للحكم الصادر بالنفقة المؤقتة بمجرد صدور الحكم بالنفقة النهائية :

تنص المادة (١٦) فى فقرتها الثانية على أن النفقة المؤقتة يقضى بها «بحكم غير مسبب واجب النفاذ فوراً إلى حين الحكم بالنفقة بحكم واجب النفاذ».

فالحكم الصادر بالنفقة المؤقتة تظل له قوته التنفيذية حتى يحكم فى النفقة النهائية، فإذا حكم فى النفقة النهائية زالت قوته التنفيذية ومن ثم لا يجوز بالتالى التنفيذ بموجبه، ويكون النفاذ للحكم الصادر فى النفقة النهائية.

وقد جاء بالمذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فى هذا الصدد:

«هذا الحكم المؤقت نافذ فوراً إلى حين صدور الحكم من محكمة أول درجة فى الدعوى وعندئذ يكون النفاذ لهذا الحكم الأخير دون المؤقت على نحو ما هو وارد فى نصوص لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فى هذا الموضوع»[٢].

---

(١) كما كان يتفق مع نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون ٦٢ لسنة ١٩٧٦ (الملغى) والمواد ٢٩٧، ٣١٥، ٣٥٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (الملغاة).

(٢) قارن الأستاذ كمال البنا ص٢٣٨ فيرى أن ذلك لا يمنع من التنفيذ بحكم النفقة المؤقتة فى المدة السابقة على صدور الحكم فى موضوع الدعوى بالنفقة وبشرط أن يكون التنفيذ فى حدود ما حكمت به محكمة الموضوع.

١٨٧- اجراء المقاصة بين ما اداه الزوج من النفقة المؤقتة وبين النفقة المحكوم بها عليه نهائياً:

نصت الفقرة الثالثة من المادة (١٦) من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أن: «للزوج أن يجرى المقاصة بين ما أداه من النفقة المؤقتة وبين النفقة المحكوم بها عليه نهائياً، بحيث لا يقل ما تقبضه الزوجة وصغارها عن القدر الذى يفى بحاجتهم الضرورية».

فقد أجاز النص للزوج أن يجرى المقاصة بين ما سدده من النفقة المؤقتة المحكوم بها للزوجة أو لصغارها وبين النفقة النهائية المحكوم بها عليه.

والقاضى لا يجرى المقاصة من تلقاء نفسه ولو وضح أمامه عند الحكم فى النفقة النهائية أن الزوج سدد النفقة المؤقتة كلها أو بعضها، بل يجب أن يطلبها الزوج.

ويجوز طلب اجراء المقاصة أمام المحكمة وهى تنظر طلب النفقة النهائية، كما يجوز طلب اجرائها بدعوى مستقلة أو عن طريق الاشكال فى التنفيذ.

وقد وضع النص قيداً على اجراء المقاصة فأوجب ألا يقل ما يتبقى للزوجة وتقبضه فعلاً بعد اجرائها، عن القدر الذى يفى بحاجتها الضرورية أو حاجة صغارها بحسب الأحوال.

وتحديد القدر الذى يفى بحاجتها أو حاجة صغارها الضرورية مما يخضع لتقدير القاضى الذى يجرى المقاصة الذى لابد أن يدخل فى اعتباره مستوى الأسعار السائد. وقد تغيا الشارع من ذلك أن يبقى للزوجة ولأولادها ما يكفى لسد حاجتهم صوناً وحماية لهم من مغبة العوز.

١٨٨- جواز استئناف الحكم الصادر بالنفقة المؤقتة استقلالا:

تنص المادة ٥٦ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية على أن: «طرق الطعن فى الأحكام والقرارات المبينة فى هذا القانون هى الاستئناف والنقض والتماس إعادة النظر.

وتتبع - فيما لم يرد به حكم خاص فى المواد الآتية - القواعد والإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية».

وإذ لم يرد فى القانون المذكور نص مقابل للمادة ٢١٢ من قانون المرافعات يحدد الأحكام التى يجوز الطعن فيها مباشرة وما إذا كانت هى الأحكام التى تنتهى بها الخصومة كلها فقط أم يجوز الطعن فى الأحكام التى تصدر أثناء سير الدعوى ولاتنتهى بها الخصومة، ومن ثم تعين الرجوع فى هذا الشأن إلى المادة ٢١٢ مرافعات (معدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢) والتى تجرى على أن: «لايجوز الطعن فى الأحكام التى تصدر أثناء سير الدعوى ولاتنتهى بها الخصومة إلابعد صدور الحكم المنهى للخصومة كلها، وذلك عدا الأحكام الوقتية والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوى والأحكام القابلة للتنفيذ الجبرى، والأحكام الصادرة بعدم الاختصاص والإحالة إلى المحكمة المختصة، وفى الحالة الأخيرة يجب على المحكمة المحالة إليها الدعوى أن توقفها حتى يفصل فى الطعن» ولما كان هذا النص قد أجاز استئناف الأحكام الوقتية على استقلال قبل صدور الحكم المنهى للخصومة، فإنه يجوز بالتالى الطعن بالاستئناف على الحكم الصادر بالنفقة المؤقتة استقلالا[1].

---

(١) ولم يكن الطعن على هذا الحكم على استقلال جائزا فى ظل لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨لسنة ١٩٣١ (الملغاة) إذ كانت تنص المادة ٣٠٥ منها على أن: «يجوز استئناف كل حكم أو قرار صادر فى

الاختصاص أو فى الاحالة على محكمة أخرى أو فى موضوع الدعوى ولو بالرفض أو بسماع الدعوى أو عدمه. أو بالنفاذ المؤقت أو رفضه وكذا يجوز الاستئناف إذا لم تفصل المحكمة فى أحد الطلبات.

ويستثنى من ذلك الأحكام والقرارات الصادرة من المحاكم الجزئية بصفة انتهائية كالمبين فى المادة الخامسة من هذه اللائحة متى كانت صادرة فى موضوع الدعوى ولو بالرفض أو بسماعها أو عدمه. ولا يجوز استئناف شئ من القرارات غير ما سبق إلا مع استئناف الحكم فى أصل الدعوى».

وتنص المادة ٣٠٦ على أن: «استئناف الحكم الصادر فى أصل الدعوى يترتب عليه استئناف جميع الأحكام والقرارات التى سبق صدورها فى أثناء السير فى الدعوى ولم يكن سبق استئنافها».

وواضح من المادة (٣٠٥) أنها أوردت على سبيل الحصر الأحكام والقرارات التى يجوز استئنافها على استقلال، وليس من بين هذه الأحكام، تلك الصادرة قبل الفصل فى أصل الدعوى، ولما كان الحكم الصادر بالنفقة المؤقتة حكماً صادراً قبل الفصل فى أصل الدعوى فانه لا يجوز استئنافه استقلالاً، وانما يجوز استئنافه مع الحكم الصادر بالنفقة النهائية عملاً بالمادة ٣٠٦ من اللائحة.

وقد قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بتاريخ ١٩٧٥/٥/٢١ فى الطعن رقم ٤ لسنة ٤١ق بأن :

«وحيث أنه لما كان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن استئناف الأحكام الصادرة فى قضايا الأحوال الشخصية التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية يخضع فى اجراءاته للمواد الخاصة به والواردة فى الفصل الثانى من الباب الخامس من الكتاب الرابع من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية، اعتباراً بأنها هى الأصل الأصيل الذى يجب التزامه ويتعين الرجوع إليه فى التعرف على أحوال استئناف هذه الأحكام وضوابطه واجراءاته، وكان النص فى المادة ٣٠٤ من اللائحة المشار إليها على أنه يجوز

للخصوم في غير الأحوال المستثناة بنص صريح في هذه اللائحة أن يستأنفوا الأحكام والقرارات الصادرة من المحاكم الجزئية أو المحاكم الكلية بصفة ابتدائية.

وفي المادة ٣٠٥ على أنه: «يجوز استئناف كل حكم أو قرار صادر في الاختصاص أو في الاحالة على محكمة أخرى، أو في موضوع الدعوى ولو بالرفض، أو بسماع الدعوى أو عدمه، أو بالنفاذ المؤقت أو رفضه، وكذا يجوز الاستئناف إذا لم تفصل المحكمة في أحد الطلبات.. ولا يجوز استئناف شئ من القرارات غير ما سبق إلا مع استئناف الحكم الصادر في أصل الدعوى». وفي المادة ٣٠٦ على أن: «استئناف الحكم الصادر في أصل الدعوى يترتب عليه استئناف جميع الأحكام والقرارات التي سبق صدورها في أثناء السير في الدعوى ولم يكن سبق استئنافها»، يدل على أن المشرع وان كان قد وضع في المادة ٣٠٤ قاعدة عامة مؤداها أن الأصل هو جواز استئناف جميع الأحكام والقرارات الصادرة من المحاكم الكلية بصفة ابتدائية، إلا أنه عدد في المادة التالية هذه الأحكام والقرارات وبينهما بيان حصر، وأفصح عن أنه لا يجوز استئناف ما عداها على وجه الاستقلال إلا مع استئناف الحكم في أصل الدعوى، تبسيطاً للأوضاع ومنعاً من تقطيع أوصال القضية، لما كان ذلك، وكان الحكم الصادر في دعوى التزوير الفرعية ليس من الأحكام التي يجوز استئنافها على استقلال وقبل الفصل في أصل الدعوى لخروج التزوير من عداد المسائل التي تقبل الطعن المباشر والواردة على سبيل الحصر في الفقرة الأولى من المادة ٣٠٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فلا يجوز استئنافه إلا مع استئناف الحكم الصادر في أصل الدعوى وفقاً للفقرة الأخيرة من هذه المادة وكان تعجيل الطاعنين في استئناف الحكم الصادر في دعوى التزوير قبل ميقاته، وبقاؤه دون حسم حتى ينظر الاستئناف في الموضوع، لا يحول دون طرحه تبعاً لاستئناف الحكم الصادر في أصل الدعوى، إذا كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر القانوني السليم وقضى برفض الاستئناف في دعوى التزوير لتقديمه بعد الميعاد، فانه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه».

ويضاف إلى ماتقدم أن المادة ١٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة١٩٢٩ (المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥) سالفة الذكر لم تنص ، كما فعلت المادة العاشرة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية على عدم جواز الطعن في هذه الأحكام المؤقتة إلا بصدور الحكم النهائي فيها.

١٨٩- هل يجوز الاستشكال فى تنفيذ الحكم الصادر بالنفقة المؤقتة؟

الحكم الصادر بالنفقة المؤقتة - كما أوضحنا سلفاً - حكم واجب النفاذ فوراً بقوة القانون، ومن ثم فهو سند تنفيذى تنطبق عليه القواعد العامة فى اشكالات التنفيذ سواء بالنسبة للطرف الملتزم به أو بالنسبة للغير، وذلك عدا الأثر الموقف[١] للاشكال فيحكمه نص المادة ٧٨ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ التى تجرى على أن : « لايترتب على الإشكال فى تنفيذ أحكام النفقة المشار إليها فى المادة السابقة وقف إجراءات التنفيذ »[١]، والنفقة المنصوص عليها فى المادة ٧٧ المشار إليها هى نفقة الزوجة والمطلقة والأولاد والوالدين والأقارب.

وبالترتيب على ذلك فإنه يجوز الاستشكال فى تنفيذ الحكم الصادر بالنفقة المؤقتة، سواء من المحكوم له أو المحكوم عليه أو من الغير.

ولم يكن هذا الحكم من الأحكام التى يجوز تنفيذها بالحبس بالتطبيق للمادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية قبل إلغاء اللائحة بالقانون رقم

---

(١) وكانت المادة الثانية من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن تعديل أحكام بعض النفقات (الملغى) تنص على أن : « لايترتب على أى إشكال مقدم من المحكوم عليه وقف إجراءات التنفيذ بالنسبة لأي من الديون المشار إليها فى المادة السابقة، ومع ذلك لايجوز للمحضر أن يتم التنفيذ قبل عرض الأوراق على قاضى التنفيذ ليأمر بما يراه».

(١) لسنة ٢٠٠٠ لأن الحكم الذى كان يجوز تنفيذه بالحبس طبقا لهذه المادة ، هو الحكم الصادر فى أصل الدعوى بشرط أن يكون نهائيا، سواء كان نهائيا بطبيعته أى بقيمته أو لفوات ميعاد الطعن فيه بالمعارضة والاستئناف، أو لاستنفاذ طريق الطعن فيه. وذلك لايتأتى في الحكم الصادر بالنفقة المؤقتة ، الذى تنتهى حجيته بمجرد صدور الحكم فى أصل الدعوى.

١٩٠- هل يجوز استصدار حكم من القضاء المستعجل بالنفقة المؤقتة؟

لما كان القضاء المدنى العادى يختص بالمنازعات المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية سواء منها المتعلقة بالمال أو النفس فإن القضاء المستعجل يكون مختصاً بالفصل بصفة مستعجلة ودون المساس بالموضوع فى اتخاذ الإجراءات الوقتية المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية، ومن هذه الإجراءات تقدير النفقات بصفة وقتية وإلزام المحكوم عليه بأدائها سواء كانت النفقة المطلوبة نفقة زوجية أو نفقة صغار أو نفقة أقارب أو أجر حضانة، وكل ذلك إذا توافر شرطاً اختصاص القضاء المستعجل وهما الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق ويتوافر الاستعجال كلما كان البادى من ظاهر الأوراق أن حاجة طالب النفقة ملحة ولا يستطيع الانتظار دون إنفاق، فاذا استبان من ظاهر المستندات أن الزوجة التى تطالب بالنفقة موسرة فان الدعوى تكون قد فقدت شرط الاستعجال كما يشترط ألا يكون الحكم ماساً بأصل الحق فإذا استبان لقاضى الأمور المستعجلة من ظاهر الأوراق أن طالب النفقة مستحق لها وليس له مال ينفق منه قضى بها أما إذا ثار نزاع جدى حول عدم استحقاقه لها كأن كانت الزوجة ناشزاً قضى بعدم اختصاصه.

ونص الفقرة الثانية من المادة ١٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (المعدل) سالفة الذكر لا يسلب القضاء المستعجل اختصاصه بتقدير نفقة

مؤقتة للزوجة أو لصغارها على أبيهم لأنه لم يلغ اختصاص قاضى الأمور المستعجلة فى هذا الأمر وليس هناك ما يمنع من أن يكون للشخص طريقان من طرق التقاضى لحماية حقه وله أن يختار أيهما غير أنه لا يجوز له الجمع بينهما فإذا حكم القاضى الجزئى بنفقة مؤقتة للزوجة ولصغارها إعمالاً لهذا النص فانه يمتنع عليها اللجوء إلى قاضى الأمور المستعجلة لأنه يصبح غير مختص لزوال شرط الاستعجال بزوال الخطر، وكذلك إذا استصدرت الزوجة حكماً بنفقة مؤقتة من القضاء المستعجل فإنه لا يجوز لها بعد ذلك طلب نفقة مؤقتة من المحكمة المرفوع أمامها دعوى النفقة[١].

---

(١) المستشار عز الدين الدناصورى والأستاذ حامد عكاز - القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ ١٩٨٦ ص٢٣ وما بعدها - الدكتور رمزى سيف الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - الطبعة الثامنة ١٩٦٨ / ١٩٦٩ ص٢٤٧.

ثانيا: فرض المحكمة الابتدائية النفقة المؤقتة

١٩١- *النص القانوني :*

المادة (١٠) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية:

« تختص المحكمة الابتدائية بنظر دعاوى الأحوال الشخصية التى لاتدخل فى اختصاص المحكمة الجزئية ، ودعاوى الوقف وشروطه والاستحقاق فيه والتصرفات الواردة عليه.

ويكون للمحكمة الابتدائية المختصة محليا بنظر دعوى الطلاق أو التطليق أو التفريق الجسمانى دون غيرها، الحكم **ابتدائيا** فى دعاوى النفقات أوالأجور وما فى حكمها سواء للزوجة أو الأولاد أو الأقارب ، وحضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه والانتقال به ومسكن حضانته.

وتلتزم المحاكم الابتدائية والجزئية التى رفعت أو ترفع أمامها دعوى بأى من هذه الطلبات بإحالتها إلى تلك المحكمة حتى يصدر فيها حكم قطعى واحد.

وللمحكمة أثناء سير الدعوى أن تصدر أحكاما مؤقتة واجبة النفاذ بشأن الرؤية أو بتقرير نفقة وقتية أوتعديل ما عساها تكون قد قررته من نفقة بالزيادة أو النقصان.

ولايجوز الطعن على تلك الأحكام المؤقتة التى تصدر أثناء سير هذه الدعاوى إلا بصدور الحكم النهائى فيها».

١٩٢- متي تفرض المحكمة الابتدائية النفقة المؤقتة؟

ناطت الفقرة الثانية من المادة بالمحكمة الابتدائية المختصة محليا بنظر دعوى الطلاق أو التطليق أوالتفريق الجسمانى (بالنسبة للأجانب) الحكم ابتدائيا فى دعاوى النفقات أو الأجور وما فى حكمها وحضانة الصغير وحفظه ورؤيته

وضمنه والانتقال به ومسكن حضانته التى تكون قد رفعت أو سترفع حال نظر دعوى الطلاق أو التطليق أو التفريق الجسمانى أمام المحكمة الابتدائية أمام محكمة ابتدائية أوجزئية أخرى .

ولذلك ألزمت الفقرة الثالثة من المادة المحاكم الابتدائية والجزئية التى رفعت أو ترفع أمامها دعوى بأى من هذه الطلبات بإحالتها إلى تلك المحكمة حتى يصدر فيها حكم واحد.

وقد أجازت الفقرة الرابعة من المادة للمحكمة الابتدائية أثناء سير الدعوى أن تصدر أحكاما مؤقتة واجبة النفاذ بشأن الرؤية أوبتقرير نفقة وقتية أوتعديل ما عساها تكون قد قررته من نفقة بالزيادة أو النقصان.

فالمحكمة الابتدائية لها أن تصدر أكثر من حكم وقتى بشأن الرؤية أو تقرير نفقة وقتية ، إلا أنها لاتصدر فى الدعاوى المنظورة أمامها سوى حكم قطعى واحد.

والمحكمة تصدر الأحكام المؤقتة بالنفقة بناء على طلب المدعى ، لأن القضاء لايحكم بغير ما طلب منه. ويكون طلب النفقة المؤقتة إما بصحيفة الدعوى أو بطلب عارض.

ولم تنص المادة على ضوابط فرض النفقة المؤقتة أو على ميعاد لفرضها ، كما فعلت الفقرة الثانية من المادة ١٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (المستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥) بالنسبة للنفقة المؤقتة التى تفرضها المحكمة الجزئية .

غير أننا نرى الاستهداء بما نصت عليه الفقرة المذكورة بأن يكون فرض النفقة المؤقتة فى حالة قيام سبب استحقاقها وتوفر شروطه بالتفصيل الذى ذكرناه فى شرح تلك الفقرة.

وهذه النفقة المؤقتة شرعت للحاجة ، فلا تفرض إلا عند توافرها على النحو الذى فصلناه بصدد النفقة المؤقتة التى تفرضها المحكمة الجزئية .

ولاتلتزم المحكمة بالميعاد المحدد لفرض النفقة المؤقتة بالفقرة الثانية من المادة ١٦ سالفة الذكر- وهو ميعاد تنظيمى- لعدم النص على ذلك بالمادة العاشرة.

وإن كانت المادة العاشرة سالفة الذكر لم تنص على حق إجراء المقاصة بين ما أدى من النفقة المؤقتة وبين النفقة المحكوم بها ، إلا أنه يجوز إجراء المقاصة، لأن المقاصة جائزة شرعا. غير أن إجراء المقاصة لايتقيد بألا يقل ماتقبصه الزوجة أوالأولاد أو الأقارب عن القدر الذى يفى بحاجتهم الضرورية، لأن هذا القيد لم يرد النص عليه بالمادة العاشرة.

والمادة نصت على أن تصدر المحكمة « أحكاما مؤقتة واجبة النفاذ »، ولم تنص على أن تصدر أحكاما مؤقتة غير مسببة ، كما فعلت المادة ١٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥)، ومن ثم فإنه يلزم تسبيب هذه الأحكام . عملا بالمادة ١٧٦ من قانون المرافعات التى تنص على أنه : « يجب أن تشمل الأحكام على الأسباب التى بنيت عليها وإلا كانت باطلة»، إذ يسرى هذا النص على الأحكام الوقتية.

والغريب أن يتطلب النص تسبيب هذه الأحكام المؤقتة وهى تصدر من محكمة ابتدائية (مشكلة من ثلاثة قضاة)، بينما لايتطلب تسبيب هذه الأحكام المؤقتة إذا صدرت من المحكمةالجزئية (وهى مشكلة من قاض واحد) على النحو الذى أوردناه فيما سلف.

وفى رأينا أن إغفال النص على عدم تسبيب هذه الأحكام على النحو الذى نصت عليه المادة ١٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩(المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥)، جاء وليد سهو وقع فيه المشرع.

وقد نصت المادة العاشرة على أنه لايجوز الطعن على تلك الأحكام المؤقتة إلا بصدور الحكم النهائى فى الدعوى، وذلك منعا لتقطيع أوصال القضية[١] .

وقد تغيا المشرع من هذا النص استحداث محكمة للأسرة لنظر منازعات الأحوال الشخصية المتعددة بين الزوجين وتختص هذه المحكمة بنظر جميع المنازعات التى تنشأ بين الزوجين وذلك حتى يمكن تجنب تعدد المحاكم مع تمكين محكمة واحدة من الفصل فى أوجه الخلاف المتعددة على نحو يحقق سرعة أفضل وعدالة أوفى ، كأثر لإحاطة المحكمة بكل عناصر النزاع[٢].

---

(١) تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون.

ثالثا : فـرض محكمـة الاستئنـاف

للنفقـة المؤقتـة

١٩٣- النص القانوني :

المادة (٥٩) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية :

« يترتب على الطعن بالاستئناف فى الحكم القطعى الصادر وفقا لحكم المادة (١٠) من هذا القانون طرح ما فصل فيه هذا الحكم على محكمة الاستئناف، وحتى تصدر هذه المحكمة حكمها النهائى، يجوز لها إصدار حكم مؤقت واجب النفاذ بشأن الرؤية أو بتقرير نفقة أو تعديل النفقة التى قضى بها الحكم المطعون فيه بالزيادة أو بالنقصان» .

١٩٤- متي تفرض محكمة الاستئناف النفقة المؤقتة ؟

يترتب على الطعن بالاستئناف فى الحكم القطعى الصادر من المحكمة الابتدائية وفقا لحكم المادة (١٠) من القانون والذى أوضحناه فيما سلف، طرح ما فصل فيه هذا الحكم على محكمة الاستئناف .

ويكون ذلك فى حدود طلبات المستأنف ، فإذا كان الحكم صادرا فى دعوى تطليق ونفقة مثلا ولم يطعن المحكوم ضده على حكم النفقة بالاستئناف فلايجوز بداهة لمحكمة الاستئناف التصدى لقضاء المحكمة الابتدائية فى النفقة.

وقد أجاز النص لمحكمة الاستئناف حتى تصدر حكمها النهائى، إصدار حكم مؤقت واجب النفاذ بشأن الرؤية أو بتقرير نفقة مؤقتة إذا لم تكن محكمة أول درجة قد فرضتها أو تعديل النفقة التى قضى بها الحكم المطعون فيه بالزيادة أو بالنقصان.

ويكون ذلك بناء على طلب طالب النفقة أو الرؤية .

وتتبع محكمة الاستئناف فى تقرير النفقة ذات الضوابط التى أوضحناها ويكون هذا الحكم مسببا على النحو الذى فصلناه فى البند السابق بصدد النفقة التى تفرضها المحكمة الابتدائية.

موضوع رقم (٦)
أحكام عامة
في النفقة

جواز ندب المحكمة أخصائي اجتماعي أو أكثر - وجوب عرض الصلح علي الخصوم - النفاذ المعجل بلا كفالة للأحكام الصادرة بالنفقة أو الأجور أو المصروفات وما في حكمها

١٩٥- جواز ندب المحكمة أخصائي اجتماعي أو أكثر:

(راجع بند ٢٤).

١٩٦- وجوب عرض المحكمة الصلح علي الخصوم:

(راجع بند ٢٤، وبنود ٣٩ وما بعده).

١٩٧- شمول الأحكام الصادرة بالنفقة أو الأجور والمصروفات وما في حكمها بالنفاذ المعجل:

تنص المادة ٦٥ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية على أن : «الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو

رؤيته أو بالنفقات أو الأجور أو المصروفات وما فى حكمها تكون واجبة النفاذ بقوة القانون وبلا كفالة».

ويسرى حكم النفاذ المعجل على كافة أحكام النفقات ، سواء كانت نفقة زوجية أو عدة أو صغار أو أصول وفروع أو أقارب من الحواشى .

وطالما أن النفاذ المعجل بلا كفالة واجب بقوة القانون ، فإنه لامبرر للنص عليه فى الحكم.

وكانت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن تعديل أحكام بعض النفقات (الملغى) تنص على أن :

« والنفاذ المعجل بغير كفالة واجب بقوة القانون لكل حكم صادر بالنفقة أو أجرة الحضانة أو الرضاعة أو المسكن للزوجة أو المطلقة أو الأبناء أو الوالدين» .

كما كانت المادة ٢٩٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (الملغاة) تنص على أن : « يترتب على المعارضة إيقاف التنفيذ إلا فى الأحوال الآتية :

(أولا إذا كان الحكم صادرا بالنفقة أو بأجرة الرضاعة أو المسكن أو الحضانة أو تسليم الصغير إلى أمه .... الخ» .

وكانت المادة ١٣٥ منها تنص على أن: « يترتب على الاستئناف إيقاف التنفيذ إلا فى الأحوال الآتية :

(أولا) إذا كان الحكم صادرا بالنفقة أو بأجرة الرضاعة أو المسكن أوالحضانة أو تسليم الصغير إلى أمه... الخ» .

وكانت تنص المادة ٣٥٣ منها على أن: « النفاذ المؤقت يكون واجبا لكل حكم صادر بالنفقة أو أجرة الحضانة أوالرضاعة أو المسكن أو تسليم الصغير لأمه[١] .

---

(١) وكانت الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ (الملغى) - والتى أبقى عليها القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ - تنص على أن : « تنظر الدعاوى المتعلقة بنفقة الزوجة أو المطلقة أوالأبناء أو الوالدين على وجه الاستعجال .... الخ»- وعبارة « على وجه الاستعجال» تختلف عن تعبير «الصفة المستعجلة» التى تنظر بها بعض الدعاوى، فالمنازعات الواردة بالمادة المشار إليها هى منازعات موضوعية ترفع إلى المحكمة المختصة بحسب القواعد العامة لتصدر فيها حكما موضوعيا تبحث فيه أصل الحق، أما المواد المستعجلة فهى منازعات فى طلبات وقتية ترفع إلى المحكمة المستعجلة أو إلى محكمة الموضوع عملا بالمادة ٤٥ مرافعات لتصدر فيها حكما وقتيا يكون له حجية مؤقتة ولايجمع بينهما إلا ما يوجبه القانون من إنجازهما والفصل فيهما فورا بغير إبطاء.

والدعاوى التى يفصل فيها «على وجه السرعة» كان لها نظام خاص فى قانون المرافعات الملغى قبل تعديله بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ فكان ينص على وجوب عرض الدعاوى التى يفصل فيها على وجه السرعة مباشرة على المحكمة الكاملة فى المحاكم الابتدائية دون عرضها على قاضى التحضير (م١١٨)، ويمنع الطعن بالمعارضة فى الحكم الصادر فيها (م٣٨٦) ويجعل ميعاد استئنافه عشرة أيام أيا كانت المحكمة التى أصدرت الحكم (م٤٠٢) ويوجب رفع الاستئناف بتكليف بالحضور عملا بالمادة ٤٠٥، ويوجب إيداع مسودة الحكم المشتملة على أسبابه فى ميعاد قصير يختلف عن الميعاد المقرر بالنسبة للأحكام الصادرة فى المواد الأخرى(م٣٤٦)، ويكتفى بالنسبة لصحف الدعاوى التى يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة بأن يبين المدعى فيها موضوعها وطلباته بالإيجاز دون حاجة إلى ذكر وقائع الدعوى وأدلتها وأسانيد المطلوب وذلك عملا بالمادة (٧١). وقد ألغى المشرع بالقانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٦٢ كل تفرقة بين الدعاوى التى تنظر على الوجه المعتاد وتلك التى تنظر

على وجه السرعة. ولم يعد المقصود من هذا التعبير إلا مجرد حث المحكمة على إنجاز الدعوى بسرعة، أى أصبح مرادفا لتعبير « على وجه الاستعجال» .

وكانت المادة - كما وردت بمشروع القانون- تستعمل عبارة « على وجه السرعة» ، إلا أن اللجنة التشريعية بمجلس الشعب استبدلت عبارة « على وجه الاستعجال» بالعبارة السابقة وأوردت فى تقريرها تعليقا على ذلك: « ولذلك توافق اللجنة على المشروع إلا أنها تلاحظ أن تعبير « على وجه السرعة» الوارد فى المادة الأولى من المشروع ، غير سديد لأن هذا التعبيركان اصطلاحا يحمل آثارا منصوصا عليها فى قانون المرافعات الملغى حصل الاستغناء عنها ولذلك لامعنى للعودة إلى استعماله بالمعنى المقصود فقط فى هذا النص ، والمعنى المراد يؤدى بتعبير «على وجه الاستعجال» ولذلك استحسنت اللجنة أن يستبدل بعبارة « على وجه السرعة» من نص المادة الأولى من المشروع عبارة على « وجه الاستعجال» .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

« لما كان البين من الأوراق أنه سبق الاحتجاج فى دعوى النفقة رقم ١٩٢ لسنة ١٩٨٦ أحوال شخصية بندر شبين الكوم بوثيقة الزواج موضوع الطعن بالتزوير، وكانت هذه الدعوى من الدعاوى الموضوعية وليست من الدعاوى المستعجلة رغم نص المادة الأولى من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ على نظرها على وجه الاستعجال ، لاختلاف الدعوى المستعجلة عن الدعوى التى تنظر على وجه السرعة أو الاستعجال ، إذ أن الوصف الأخير لايجعل الدعوى تندرج فى المسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت طبقا لنص المادة ٤٥ من قانون المرافعات ، ولايعدو هذا الوصف أن يكون حثا من المشرع للقاضى على عدم تأخير الفصل فى الدعوى، ولايغير من طبيعة دعوى النفقة على هذا النحو أن الأحكام الصادرة فيها ذات حجية مؤقتة ذلك أن هذه الحجية تظل باقية طالما أن دواعى النفقة وظروف الحكم بها لم تتغير، وليس هناك مايمنع قانونا من الادعاء بتزوير مستند احتج به فى تلك الدعوى» .

(طعن رقم ٣٤٢ لسنة ٦٣ قضائية- أحوال شخصية جلسة ١٩٩٨/٣/٣٠)

١٩٨- لايترتب علي الإشكال في تنفيذ أحكام النفقة وقف إجراءات التنفيذ :

نصت المادة ٧٨ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية على أن : «لايترتب على الإشكال فى تنفيذ أحكام النفقة المشار إليها فى المادة السابقة وقف إجراءات التنفيذ»- وأحكام النفقة المشار إليها هى أحكام نفقة الزوجة والمطلقة والأولاد والوالدين والأقارب. فلا يترتب على الإشكال فى تنفيذ هذه الأحكام وقف إجراءات التنفيذ، سواء كان الإشكال مرفوعا من المحكوم ضده أو من الغير والحكم الوارد بالمادة استثناء مما تقضى به المادة ٣١٢ من قانون المرافعات من أنه يترتب على الإشكال الأول سواء كان مرفوعا من المحكوم عليه أو من الغير وقف التنفيذ حتى يصدر القاضى حكمه فى الإشكال.

والحكمة من هذا الاستثناء مراعاة حاجة المحكوم لهم بالنفقة ، وحماية لهم مما يتخذ قبلهم من إجراءات تنفيذ كيدية.

وكانت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن تعديل أحكام بعض النفقات تنص على أنه : « لايترتب على أى إشكال مقدم من المحكوم عليه وقف إجراءات التنفيذ بالنسبة لأى من الديون المشار إليها فى المادة السابقة، ومع ذلك لايجوز للمحضر أن يتم التنفيذ قبل عرض الأوراق على قاضى التنفيذ ليأمر بما يراه».

والديون المشار إليها بالمادة هى ديون النفقة أو أجرة الحضانة أوالرضاعة أو المسكن للزوجة أو المطلقة أو الأبناء أو الوالدين.

ومن ثم كان لا شأن لهذه المادة بالإشكالات التى ترفع من الغير أو بنفقة الأقارب من الحواشى.

موضوع رقم (٧)
الحبس فى دين النفقة وجريمة هجر العائلة

١٩٩ - الأصل الفقهى للحبس فى دين النفقة :

أجاز الامام أبو حنيفة حبس المدين قل الدين أو كثر، إذا ثبت للقاضى حق الدائن وقدرة المدين على أدائه، وطلب الدائن حبسه، أما إذا كان المدين معسراً فلا يجوز حبسه لقوله تعالى: ﴿وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾، ولقول الرسول عليه السلام لغرماء المدين الذى كثر دينه ﴿خذو ما وجدتكم وليس لكم إلا ذلك﴾، ولأن الحبس شرع لدفع مطل المدين وظلمه، لايصال حق الدائن إليه، ولا ظلم ولا مطل إذا كان المدين غير قادر على الوفاء، فقد قال النبى عليه السلام: ﴿مطل الغنى ظلم﴾، كما قال: ﴿لى الواجد يحل عرضه وعقوبته﴾[(١)] .

ويحبس الرجل فى نفقة زوجته لأنه ظالم بامتناعه عن الأداء، ولئن كان الاصل أن الدائن لا يحبس فى دين ولده لقوله تعالى: ﴿وصاحبهما فى الدنيا معروفاً﴾، ﴿وبالوالدين احساناً﴾، وليس من المصاحبة بالمعروف والاحسان حبسهما، الا أنه يستثنى من هذا الأصل حبسهما عند الامتناع عن الانفاق عليه لان فيه احياء لولدهما.

واختلف فى تحديد مدة الحبس، ففى رواية محمد عن أبى حنيفة أن مدة الحبس شهران أو ثلاثة، وروى أن مدة الحبس شهر وقد اختاره الطحاوى وفى رواية الحسن عن أبى حنيفة أن مدة الحبس من أربعة أشهر إلى ستة أشهر.

والصحيح هو عدم تحديد مدة للحبس، وترك ذلك لتقدير القاضى إذا المقصود بالحبس ارغام المدين المماطل على الأداء وهذا يختلف باختلاف الناس.

---

(١) معنى (اللى) بفتح اللام المطل و(الواجد) هو الغنى الذى لا يجد ما يؤدى و(عرضه) أى شكايته.

وإذا اشتبه على القاضى حال المدين من يسار أو اعسار وطلب الغرماء حبسه فانه يقضى بحبسه إلى أن يقضى دينه وإن اتضح أنه معسر فإنه يخلى سبيله ، وهذا لايمنع الغرماء من ملازمته إلا إذا قضى القاضى بإمهاله(١) .

وقد اتفقت المذاهب الثلاثة الأخرى مع الإمام أبى حنيفة فى جواز حبس المدين الموسر المماطل مع خلاف فى بعض التفصيلات(٢) .

٢٠٠- الحبس في ظل لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ (الملغي) :

نصت المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ (الملغى) على أن :

« إذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم الصادر فى النفقات أو أجرة الحضانة أو الرضاعة أو المسكن يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التى أصدرت الحكم أوالتى بدائرتها محل التنفيذ ومتى

---

(١) بدائع الصنائع جـ٧ ص ١٧٣– شرح فتح القدير جـ٧ ص ٢٧٨ وما بعدها– الهداية جـ٣ ص ١٠٤.

(٢) الاتجاه الغالب فى المذهب الحنبلى هو جواز حبس المدين القادر المماطل.
أما الإمام مالك فيذهب إلى أنه لايجوز حبس المدين إذا كان له مال وأمكن للحاكم استيفاء الدين منه ولكن يجوز حبس من أشكل أمره فى العسر واليسر اختباراً لحاله فإذا ظهر حاله حكم عليه بموجبه عسراً ويسراً.
أما الإمام الشافعى فيرى أنه يجب التضييق على المدين المماطل بالحبس متى كان معروفاً بالمال وذلك فى حالة ما إذا كان المال ظاهراً معداً وقت قيام الدائنين بمطالبته بديونهم وإثباتهم للمديونية ثم أخفاه بعد ذلك ولم يظهره من غير أن يوضح سبباً معقولاً لاختفاء المال، فحبس المدين المتهم بإخفاء ماله حبس تلوم واختبار، الهدف منه استكشاف أمر المدين ، ولكن لايمكث المدين فى الحبس إلا بقدر ما يعرف به حال من يسر أو عسر، وإذا كان موسراً فإنه يجبره على الوفاء بالحجز عليه وبيع ماله ، ففى الحالين يطلق سراحه ولايخلد فى الحبس.

(راجع الدكتور أحمد مليجى فى حبس المدين فى الديون المدنية والتجارية ص ١٠٧ وما بعدها.

ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به وأمرته ولم يمتثل حكمت بحبسه ولايجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوماً أما إذا أدى المحكوم عليه ما حكم به أو أحضر كفيلاً فإنه يخلى سبيله وهذا لايمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية».

وقد نصت المادة ١/٣٨١ من اللائحة على أن : « يضع وزير الحقانية لائحة للإجراءات الداخلية بالمحاكم الشرعية ويتخذ كافة الإجراءات اللازمة لتنفيذ هذه اللائحة ويضع لائحة ببيان الإجراءات والضوابط التى يجب مراعاتها فى تنفيذ أحكام المحاكم الشرعية» ، وتنفيذاً للتفويض التشريعى الوارد بالنص المقابل لهذه المادة فى اللائحة الملغاة الصادرة بالأمر العالى المؤرخ ٢٧ مايو سنة ١٩٨٧ ، أصدر وزير الحقانية (العدل الآن) العديد من المنشورات والتعليمات بصدد دعاوى وأحكام الحبس فى النفقات مازالت تطبق فى المحاكم حتى الآن لما لها من قوة ملزمة لصدورها بناء على تفويض تشريعى من النص لوزير الحقانية واستمر هذا التفويض بموجب المادة ١/٣٨١ من اللائحة الحالية.

وهذه المنشورات والتعليمات تطبق أيضا فى دعاوى الحبس بعد أن أعادها المشرع بالمادة ٧٦ مكررا المضافة بالقانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠ - كما سنرى - إلى أن يصدر قرار من وزير العدل بالأحكام المنفذة للمادة ٧٦ مكررا سالفة الذكر بالتطبيق للفقرة الأولى من المادة الخامسة من قانون إصدار القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ التى تنص على أن يصدر وزير العدل القرارات اللازمة لتنفيذ أحكام القانون المرافق.

وسنشير إلى هذه المنشورات والتعليمات فى موضعها من الدراسة.

٢٠١- دستورية المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (الملغاة):

تصدت المحكمة العليا فى حكمها الصادر فى الدعوى رقم واحد لسنة ٥ قضائية عليا (دستورية) الصادر بجلسة ١٩٧٤/٦/٢٩ لدستورية المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى أجازت الحبس فى تنفيذ الأحكام الصادرة فى النفقات أو أجرة الحضانة أو الرضاعة أو المسكن. ونعرض هذا الحكم فيما يلى:

«.. ومن حيث أنه بالنسبة إلى السبب الأول من أسباب الطعن فإن المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ تنص على أنه «إذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم الصادر فى النفقات أو أجرة الحصانة أو الرضاعة أو المسكن يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التى أصدرت الحكم أو التى بدائرتها محل التنفيذ ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به وأمرته ولم يمتثل حكمت بحبسه ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوماً أما إذا أدى المحكوم عليه ما حكم به أو أحضر كفيلاً فإنه يخلى سبيله وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية» وهذا النص مستمد من أحكام الشريعة الاسلامية، التى توجب على المدين الوفاء بديونه من تلقاء نفسه إبراء لذمته فإن امتنع عن ذلك رغم قدرته على الوفاء يكون ظالماً ويجوز زجره وردعه عن التمادى فى ظلمه، وقد شرعت لذلك وسائل تكفل للدائنين الحفاظ على حقوقهم ولو بطريق الإكراه وذلك بالتضييق على المدين بالحبس أو بالملازمة أو بالحجز لمنعه عن التصرف فى ماله وبيعه جبراً عليه لسداد ديونه، ولا تبرأ ذمة المدين من الدين إلا بالوفاء أو ما يقوم مقامه، وفى خصوص شرعية الحبس كوسيلة لاجبار المدين على الوفاء بالدين فالرأى المتفق عليه بين أئمة المسلمين هو جواز حبس المدين الموسر الممتنع من أداء الحق إلى مستحقه حملاً له على أدائه ولهم فى ذلك أدلة من السنة والاجماع إذ جاء فى الحديث الشريف «لى الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته»

واللى المطل والواجد الغنى واحلال العرض هو اغلاظ القول للمدين وشكايته. وروى عن الخليفتين عمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب وكثير من الصحابة والتابعين وقضاة المسلمين أنهم كانوا يحبسون المدينين المماطلين وقد كانت هذه المبادئ معمولاً بها فى مصر فى الديون كافة قبل سن القوانين الحديثة.

فنص البند رقم ٥٠ من اللائحة ١٧ يونيه سنة ١٨٨٠ وهى أول تشريع منظم للمحاكم الشرعية على ما يلى:

«حيث إن الأحكام الشرعية تقتضى فى بعض الأحيان سجن بعض أشخاص على حقوق شرعية بحسب ما تقتضيه الأصول المرعية شرعاً فتلزم أنه إذا وجد رئيس المحكمة من يقتضى سجنه بحسب الكيفيات المعلومة شرعاً أن يجرى سجن من ذكر بسجنها المختص بها بموافقة الشرع وان لم يتيسر ذلك فترسل من يقتضى سجنه إلى محل الادارة القريب منها ليسجن بالسجن الموجود بشرط أن يكون سجنه واطلاقه تحت اذن الحاكم الشرعى الموجود بتلك المحكمة اجراء للأحكام الشرعية مجراها وايصالاً للحقوق المستحقة فى أوقاتها». وقد ظل هذا النص معمولاً به حتى صدرت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩١٠ وقصرت الحبس على ديون النفقة وما فى حكمها فنصت فى المادة ٣٤٣ على أنه «إذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم الصادر فى النفقات أو فى أجرة الحضانة أو الرضاع أو المسكن يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التى بدائرتها محل التنفيذ ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به وأمرته ولم يمتثل حكمت بحبسه ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوماً أما إذا أدى المحكوم عليه ما حكم به أو أحضر كفيلاً فانه يخلى سبيله وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية» وقد رددت المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الحالية الصادرة بالقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ والتى تقدم ذكرها نص المادة ٣٤٣ من اللائحة السابقة الصادرة بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩١٠ مع تعديل يسير لم يجاوز تخويل المحكمة التى أصدرت الحكم ذات الاختصاص المخول للمحكمة الجزئية التى يقع بدائرتها محل التنفيذ وهو الحكم

بحبس المحكوم عليه الممتنع من تنفيذ الحكم رغم قدرته على ذلك. وحاصل ما تقدم أن المشرع إنما قنن فى النص المطعون فيه والنصوص السابقة عليه حكماً من الأحكام المتفق عليها فى الشريعة الإسلامية كما نص فى أكثر مسائل الأحوال الشخصية باعتبارها القانون العام المنظم لهذه المسائل وقد حرص الدستور على النص فى مادته الثانية على أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع تقريراً للأمر الواقع الذى جرى عليه العمل حتى فى عهد الدساتير السابقة التى أغفلت النص على ذلك، وهكذا جاء النص المطعون فيه متفقاً مع الدستور.

ومن حيث إن المشرع لم يقف فى إقرار الإكراه البدنى كوسيلة لاستيفاء الديون عند حد ديون النفقة وما فى حكمها المبينة فى النص المطعون فيه بل تجاوزها إلى غيرها من الديون التى تقتضى طبيعتها وتبرر هذه الوسيلة فخصص المشرع فى قانون الإجراءات الجنائية باباً مستقلاً للإكراه البدنى (المواد من ٥١١ إلى ٥٢٣) وقد أجازت المادة ٥١١ تحصيل المبالغ الناشئة عن الجريمة المقضى بها للحكومة ضد مرتكب الجريمة بطريق الإكراه البدنى ويكون الإكراه بالحبس البسيط وتشمل هذه المبالغ فضلاً عن الغرامات ما يجب رده والتعويضات والمصروفات كما أجازت المادة ٥١٩ لمحكمة الجنح التى يقيم بدائرتها المحكوم عليه بتعويضات لغير الحكومة أن تحكم عليه بالإكراه البدنى إذا امتنع عن تنفيذ الحكم رغم قدرته على ذلك ولا تزيد مدته على ثلاثة أشهر ولا يخصم شئ من التعويض نظير الإكراه فى هذه الحالة وفضلاً عن ذلك فقد استحدث المشرع فى قانون العقوبات نصاً فى المادة ٢٩٣ يقضى بأن «كل من صدر عليه حكم قضائى واجب النفاذ بدفع نفقة لزوجه أو أقاربه أو أصهاره أو أجرة حضانة أو رضاعة أو مسكن وامتنع عن الدفع يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصرى أو باحدى هاتين العقوبتين - ولا ترفع الدعوى عليه إلا بناء على شكوى من صاحب الشأن - وإذا رفعت بعد الحكم عليه دعوى ثانية عن هذه الجريمة فتكون عقوبته الحبس مدة لا تزيد على سنة وفى جميع الأحوال إذا أدى المحكوم عليه ما تجمد فى ذمته أو قدم كفيلاً يقبله صاحب

الشأن فلا تنفذ العقوبة» وقد جاء بالمذكرة الايضاحية لهذه المادة عند إضافتها إلى قانون العقوبات، أنها مادة جديدة أضيفت للمعاقبة على جريمة هجر العائلة التى تعاقب عليها القوانين الحديثة، وظاهر من هذا النص أن المشرع يستهدف حمل المحكوم عليه على الوفاء بما حكم به بحيث إذا قام بذلك أو قدم كفيلاً يقبله صاحب الشأن فلا تنفذ العقوبة.

ومن حيث أن المادة ٤١ من الدستور تنص على أن الحرية الشخصية حق طبيعى وهى مصونة لا تمس وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأى قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر يستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع ويصدر هذا الأمر من القاضى المختص أو النيابة العامة وذلك وفقاً لأحكام القانون وهذا النص لا يعنى إن الحرية الشخصية حق مطلق لا ترد عليه القيود ذلك أن الإنسان لم يعرف هذه الحرية المطلقة إلا عندما كان يعيش فرداً فى العصور الأولى فلما اقتضت ضرورات الحياة أن ينتظم فى سلك الجماعة أصبح كائناً اجتماعياً لا يستطيع العيش فرداً وقد اقتضاه ذلك أن يلتزم فى تصرفاته وأفعاله وأقواله الأصول والقواعد التى تتواضع عليها الجماعة ومن شأن هذه القواعد وتلك الأصول أن تحد من حريته فتحول دون اعتدائه على غيره من أعضاء المجتمع حتى يستطيع التمتع بمثل ما يتمتع به. والقانون هو الوسيلة الوحيدة لوضع هذه الحدود، وقد قامت تشريعات العقاب على هذا الأساس لأنها إنما تؤثم صوراً من العدوان على الغير حفظاً لأمن الجماعة ونظام المجتمع ولو أن الحرية أطلقت دون قيد لسادت الفوضى واختل الأمن والنظام وارتد المجتمع إلى عهود الغابة. يؤيد هذا النظر أن المشرع الدستورى إذ يقرر الضمانات التى تجب مراعاتها عند القبض على الأفراد وحبسهم وإذ يوجب

إشراف القضاء والنيابة على إجراءات القبض والحبس وضرورة استصدار أوامر القبض والحبس وغيرهما من الإجراءات المقيدة للحرية من القاضى المختص أو النيابة العامة وفقاً لأحكام القانون فإنه يقر تقييد حرية الأفراد إذا اقترفوا ما يقتضى ذلك من الجرائم ومخالفة القانون، كما يقر بأن الحرية الشخصية التى أحاطها بسياج من القداسة فى صدر النص ليست حرية مطلقة تمتنع على القيود والحدود إذا اقتضت مصلحة المجتمع فرض هذه الحدود والقيود.

ومن حيث أن السبب الثانى من أسباب الطعن المبنى على أن النص المطعون فيه يخل بمبدأ المساواة المنصوص عليه فى المادة ٤٠ من الدستور مردود بأن المساواة إنما تتحقق بتوافر شرطى العموم والتجريد فى التشريعات فهى ليست مساواة حسابية، ذلك لأن المشرع يملك بسلطته التقديرية لمقتضيات الصالح العام وضع شروط تتحدد بها المراكز القانونية التي يتساوى بها الأفراد أمام القانون بحيث إذا توافرت هذه الشروط فى طائفة من الأفراد وجب إعمال المساواة بينهم لتماثل ظروفهم ومراكزهم القانونية وإذا اختلفت هذه الظروف بأن توافرت الشروط فى البعض دون البعض الآخر انتفى مناط التسوية بينهم.

ومن حيث أنه أياً كان وجه الرأى فيما ساقه المدعى بشأن وقف تنفيذ أحكام الطاعة بطريق القهر تنفيذاً لقرار صدر من وزير العدل على خلاف ما تقضى به المادة ٣٤٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بقانون وانحسار تطبيق النص المطعون فيه إذا كان أحد الطرفين المتنازعين أجنبياً وذلك تأييداً لوجهة نظره فى اخلال النص المطعون فيه بمبدأ المساواة فإن النعى بذلك على النص المطعون فيه يكون غير سديد لاختلاف المراكز القانونية للمحكوم عليهم بديون النفقة وما فى

حكمها عنها بالنسبة إلى الزوجات المحكوم عليهن بالطاعة لأزواجهن والأزواج الأجانب.

ومن حيث أنه بالنسبة إلى السبب الثالث من أسباب الطعن وهو مخالفة النص المطعون فيه للمادة ٦٨ من الدستور فيما تقرره من حق كل مواطن في الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي فإنه مردود بأن النص المطعون فيه إذ يسند إلى المحكمة الجزئية التي أصدرت الحكم أو المحكمة التي بدائرتها محل التنفيذ اختصاص الحكم بحبس المحكوم عليه بالنفقة وما في حكمها إذا امتنع من تنفيذ الحكم رغم قدرته على ذلك فإنه يسنده إلى كليتهما تيسيراً على المحكوم له، ذلك لأن اسناد هذا الاختصاص إلى المحكمة الأولى إعمال لقاعدة عامة تقضي باختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم بالإشراف على تنفيذه وبالفصل فيما ينشأ عنه من مشكلات هي أقدر على الفصل فيها من سواها لإحاطتها بموضوع المنازعة التي فصلت فيها كما أن جمع عناصر الخصومة أمام محكمة واحدة يؤدي إلى قصد في الوقت والاجراءات.

أما المحكمة التي يتبعها محل التنفيذ فمرد اختصاصها إلى تجنب المحكوم له مشقة الانتقال إلى مقر المحكمة التي أصدرت الحكم إذا كان محل التنفيذ خارج دائرتها مما يكفل السرعة في تنفيذ الحكم. ولقد حرص المشرع على التيسير على مدعي النفقة منذ المرحلة الأولى للدعوى فجعل له الخيار في رفع الدعوى إما إلى المحكمة التي يقع بدائرتها موطن المدعى عليه عملاً بالقاعدة العامة أو موطن المدعي وفقاً لما تقتضيه مصلحته (المادة ٥٧).

ومن حيث أن الحكم بحبس المحكوم عليه بالنفقة وما في حكمها ليس

عقوبة جنائية بمفهومها الفنى الدقيق بل هو وسيلة إرغام وإكراه للمحكوم عليه كى يؤدى ما عليه متى كان قادراً على ذلك وامتنع عنتاً وظلماً وقد أسنده المشرع إلى المحكمة التى أصدرت الحكم بالنفقة وما فى حكمها والمحكمة التى يقع بدائرتها محل التنفيذ للأسباب الجدية المتقدم ذكرها فكلتاهما قاض طبيعى لدعوى الحبس حملاً للمحكوم عليه بدين النفقة وما فى حكمها على الوفاء به.

ومن حيث إنه بالنسبة إلى السبب الرابع من أسباب الطعن المبنى على مخالفة النص المطعون فيه لمبدأ التضامن الاجتماعى المقرر فى المادة السابعة من الدستور فضلاً عن إخلاله بتقاليد الأسرة التى كفلتها المادة التاسعة من الدستور فإنه مردود بأن المشرع إذ شرع وسيلة الحبس لحمل المحكوم عليه بالنفقة وما فى حكمها على الوفاء بها متى كان قادراً على ذلك وامتنع عنتاً ومطلاً بغير حق وهى ديون ممتازة ذات طابع حيوى مقدمة على غيرها بل هى قوام الحياة فى كل أسرة يقوم بها أودها غذاء وكساء وسكناً ومن ثم يكون التخلف عن أدائها ضاراً أبلغ الضرر بالأسرة موهنا روابط التضامن والمودة بين أعضائها ويكون إكراه المسئول عن النفقة وما فى حكمها على الوفاء بها بوسيلة الحيس وضعاً للأمور فى نصابها الصحيح يرد المحكوم عليه المتعنت عن ظلمه وعنته فيحل الوئام والوفاق بين أعضاء الأسرة محل الشقاق والبغضاء وعلى مقتضى ذلك يكون هدف النص المطعون فيه عكس ما ينعاه عليه المدعى دعم التضامن الاجتماعى وتوثيق القيم والتقاليد الرشيدة وارساء الأوامر بين أعضاء الأسرة على دعائم وطيدة من المودة والرحمة.

ومن حيث أنه بالنسبة إلى السبب الخامس من أسباب الطعن المبنى على قيام ازدواج بين المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والمادة ٢٩٣ من قانون العقوبات فان هذا العيب لو صح فانه يعيب التشريع ولكنه

لا يصلح سبباً للطعن بعدم الدستورية، ذلك أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح تقوم على مخالفة القانون أو اللائحة للدستور والمناط فى تقرير دستورية التشريع أو عدم دستوريته هو باتفاقه أو مخالفته لأحكام الدستور. على أن المشرع لم يغفل هذا الأمر إذ عمل على التنسيق بين النص المطعون فيه والمادة ٢٩٣ من قانون العقوبات عند التطبيق فأصدر فى ١١ من أكتوبر سنة ١٩٣٧ المرسوم بقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٣٧ الخاص بالاجراءات التى تتخذ وفقاً للمادة ٢٩٣ من قانون العقوبات ونص فى المادة الأولى منه على أنه «لا يجوز فى الأحوال التى تطبق فيها المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية السير فى الاجراءات المنصوص عليها فى المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات ما لم يكن المحكوم له بالنفقة أو بأجرة الحضانة أو الرضاعة أو المسكن قد استنفذ الإجراءات المشار إليها فى المادة ٣٤٧ المذكورة. كما نص فى المادة الثانية على أنه «إذا نفذ الاكراه البدنى على شخص وفقاً لحكم المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ثم حكم عليه بسبب الواقعة نفسها بعقوبة الحبس تطبيقاً للمادة ٢٩٣ من قانون العقوبات استنزلت مدة الاكراه البدنى الأولى من مدة الحبس المحكوم به، فاذا حكم عليه بغرامة خفضت عند التنفيذ بمقدار عشرة قروش عن كل يوم من أيام الاكراه البدنى الذى سبق انفاذه فيه».

ومن حيث أنه يخلص من كل ما تقدم أن الدعوى لا تقوم على أساس سليم من القانون ومن ثم يتعين رفضها.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة برفض الدعوى ومصادرة الكفالة والزام المدعى بالمصروفات وثلاثين جنيهاً مقابل أتعاب المحاماة.

٢٠٢- إلغاء الحبس في تنفيذ دين النفقة في القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانـون تنظيـم بعض أوضــاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية :

صدر القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية ، ونص فى المادة الرابعة من قانون إصداره على إلغاء لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

وكان مشروع هذا القانون كما ورد من الحكومة يتضمن نصا برقم (٧٧) يتضمن تنفيذ أحكام النفقات بطريق الحبس إذ كان يجرى على أن :

إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم النهائى الصادر فى دعاوى النفقات والأجور وما فى حكمها ، جاز للمحكوم له أو من يمثله قانونا أن يرفع الأمر إلى المحكمة التى أصدرت الحكم أو التى يجرى التنفيذ بدائرتها بصحيفة ترفق بها صورة رسمية من أصل الحكم المعلن والمذيل بالصيغة التنفيذية ، وما لم يثبت المحكوم عليه أنه أصبح عاجزا عن الوفاء بسبب لايد له فيه ، أمره القاضى بالأداء خلال أجل لايزيد على خمسة عشر يوما ، فإن لم يمتثل قضى بحبسه مدة لاتقل عن ثلاثة أشهر ولاتزيد على ستة أشهر، فإذا امتثل تأمر المحكمة أوالنيابة العامة بإخلاء سبيله، دون إخلال بحق المحكوم له فى التنفيذ بالطرق العادية» ، وقد وافق على هذا النص مجلس الشورى كما وافق عليه مجلس الشعب من حيث المبدأ ، إلا أنه بعد هذه الموافقة سحبت الحكومة هذا النص من مشروع القانون استنادا لوجود مادة مشابهة بقانون العقوبات هى المادة ٢٩٣ .

٢٠٣- إعادة الحبس في تنفيذ دين النفقة بالقانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠ :

بتاريخ ١٨ مايو سنة ٢٠٠٠ صدر القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠ بتعديل بعض أحكام قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ ، وأعاد الحبس فى تنفيذ أحكام النفقات وقد عمل بهذا القانون اعتبارا من اليوم التالى لتاريخ نشره بالجريدة الرسمية فى ١٨ مايو سنة ٢٠٠٠ (العدد ٢٠ تابع أ).

وقد أعاد الشارع الحبس فى تنفيذ أحكام النفقات استجابة للرأى العام الذى نادى بإعادته بعد صدور القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ لما يحققه من مزايا منها سرعة الحصول على حكم بالحبس ، بما ييسر تنفيذ أحكام النفقات ونعرض فيما يلى لأحكام الحبس فى القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠.

أحكام الحبس في تنفيذ دين النفقة
في القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠

٢٠٤- النصوص القانونية :

المادة الأولى من القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠[1] بتعديل بعض أحكام قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ :

---

(١)الجريدة الرسمية العدد ٢٠ تابع (أ) فى ١٨ مايو سنة ٢٠٠٠- وعمل به اعتبارا من اليوم التالى لتاريخ نشره.

يضاف إلى قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بند جديد برقم ٩ إلى المادة (٩) (أولاً) المسائل المتعلقة بالولاية على النفس، ومادة جديدة برقم ٧٦ مكرراً نصهما الآتيان :

مادة ٩ (أولا) المسائل المتعلقة بالولاية علي النفس :

بند ٩ - « دعاوى الحبس لامتناع المحكوم عليه عن تنفيذ أحكام النفقات وما فى حكمها ويكون الحكم فى ذلك نهائياً».

مادة ٧٦ مكرراً- « إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم النهائى الصادر فى دعاوى النفقات والأجور وما فى حكمها جاز للمحكوم له أن يرفع الأمر إلى المحكمة التى أصدرت الحكم أوالتى يجرى التنفيذ بدائرتها ، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بأداء ما حكم به وأمرته بالأداء ولم يمتثل حكمت بحبسه مدة لاتزيد على ثلاثين يوماً.

فإذا أدى المحكوم عليه ماحكم به أو أحضر كفيلا يقبله الصادر لصالحه الحكم ، فإنه يخلى سبيله، وذلك كله دون إخلال بحق المحكوم له فى التنفيذ بالطرق العادية.

ولايجوز فى الأحوال التى تطبق فيها هذه المادة السير فى الإجراءات المنصوص عليها فى المادة (٢٩٣) من قانون العقوبات مالم يكن المحكوم له قد استنفذ الإجراءات المشار إليها فى الفقرة الأولى.

وإذا نفذ بالإكراه البدنى على شخص وفقاً لحكم هذه المادة ، ثم حكمت عليه بسبب الواقعة ذاتها بعقوبة الحبس طبقاً للمادة (٢٩٣) من قانون العقوبات، استنزلت مدة الإكراه البدنى الأولى من مدة الحبس المحكوم بها، فإذا حكم عليه بغرامة خفضت عند التنفيذ بمقدار خمسة جنيهات عن كل يوم من أيام الإكراه البدنى الذى سبق إنفاذه عليه».

٢٠٥- شروط الحكم بالحبس في دين النفقة :

١- أن يكون ثمة حكم صادر فى النفقات والأجور وما فى حكمها ، ويستوى أن يكون الحكم صادرا بأصل النفقة أو بزيادتها.

وعلة اشتراط صدور حكم ظهور حق المحكوم له فى النفقة وثبوت وجوبه على المحكوم عليه.

والمقصود بالنفقات فى حكم المادة ٧٦ مكررا المضافة بالقانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠ النفقات الواجبة المقررة، وهى المفروضة بحكم الشرع متى تحقق سبب وجوبها دون النفقة المؤقتة التى يقررها القضاء لضرورة ملجئة تدور معها وجودا أو عدما، وتكون جزءا من حق فى ذمة من يحكم عليه بالنفقة المؤقتة مادام أنه لم ينازع فيه منازعة جدية، كالنفقة التى تفرض للدائن فى دعوى الحساب حتى يفصل فى الدعوى. فهذه النفقة الوقتية هى حق مدني لاصلة له بالأحوال الشخصية (١) .

كما يخرج من نطاق هذه النفقات ، النفقة المؤقتة التى يقضى بها للزوجة أو لصغارها حتى يقضى فى أصل دعوى النفقة عملا بالمادة ١٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (المستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥) أو النفقة المؤقتة التى تفرض للزوجة أو الأولاد أو الأقارب من المحكمة الابتدائية عملا بالمادة العاشرة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ أو من محكمة الاستئناف عملا بالمادة ٥٩ من القانون المذكور.

والمادة سالفة الذكر تشمل النفقات والأجور ومثل الأجور أجر الإرضاع

---

(١) الحكم بالحبس لدين النفقة – صدوره وطبيعته والإشكال فيه بحث للأستاذ فتحى عبد الصبور منشور بالمجموعة الرسمية للأحكام والبحوث القانونية العدد ٣ لسنة ٦١ سبتمبر ١٩٦٤ ص ٨٩٩.

أو الحضانة وأجر الخادم وأجر المسكن ؛ كما تشمل ما فى حكم النفقات والأجور ، كالمصروفات المدرسية.

غير أنه يجب مراعاة أن نفقة الأصول والفروع وسائر الأقارب تسقط بمضى مدة شهر فأكثر دون أن يتقاضاها المحكوم له، وعلى ذلك إذا حكم القاضى بالنفقة أو اتفق عليها بين المنفق والمستحق ومضى شهر على استحقاقها لايطالب المستحق بنفقة الشهر الذى مضى ولكن يطالب بالشهر الحاضر.

أما إذاكانت المدة التى مضت تقل عن شهر فإنها تعتبر ديناً ولاتسقط النفقة فيها. أما إذا كان المنفق قد أذن للقريب باستدانة النفقة أو أذن له القاضى بذلك، واستدانها بالفعل ، فإنها لاتسقط بمضى شهر فأكثر وتعتبر ديناً فى ذمة القريب لاتسقط إلا بالأداء أو الإبراء، أما إذا إذن للقريب بالاستدانة ولم يستدن النفقة بالفعل ، فإنها تسقط بمضى شهر فأكثر.

٢- أن يكون الحكم الصادر بالنفقات والأجور وما فى حكمها نهائياً.

والحكم يكون نهائياً إما بطبيعته لكونه غير قابل للطعن فيه بالاستئناف بحسب قيمته أو لانقضاء ميعاد الاستئناف، أو لاستنفاد طريق الطعن فيه[١].

فإذا كان الحكم الصادر بالنفقة قابلاً للاستئناف فقد أوجب منشور

---

(١) أو بالمعارضة قبل إلغائها بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠.

الحقانية رقم ١٦٩٥ فى ١٧ مارس سنة ١٩١١ على المحكمة أن تعلق تنفيذ الحكم بالحبس على فوات مدة الطعن وهذا لايمنع المحكوم له من التنفيذ على أموال المحكوم عليه بالطرق التى أجازها الشارع[١] ، ومفاد هذا المنشور أنه لايجوز للمحكمة التى تنظر دعوى الحبس أن تقضى بعدم قبولها تأسيساً على أن ميعاد الاستئناف فى الحكم مازال قائماً.

غير أن العمل جرى على القضاء بعدم قبول الدعوى فى هذه الحالة.

وعلة اشتراط نهائية الحكم ، أن الحبس يضر بمن يقع عليه ضرراً غير قابل للتعويض ولم تجزه اللائحة إلا لضرورة خاصة فلا يجوز توقيعه إلا إذا كان السبب الموجب له غير قابل للزوال[٢] .

ولايغنى شمول الحكم بالنفاذ عن نهائيته فالأحكام الصادرة بالنفقات أو الأجور أو المصروفات وما فى حكمها واجبة النفاذ بقوة القانون وبلا كفالة (م٦٥ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠)، لأن شمول الحكم بالنفاذ طبقاً للقانون لايمنع من كونه معرضاً للإلغاء أو التعديل.

٣- أن يثبت لدى المحكمة امتناع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم .

والامتناع عن تنفيذ الحكم كما يكون صراحة يكون ضمناً ، ويكفى لاعتبار المدين ممتنعاً عن الدفع سكوته عن أداء النفقة بعد إعلانه بالحكم

---

(١) منشور الحقانية رقم ١٦٩٥ فى ١٧ مارس سنة ١٩١١ - الأقصر الجزئية فى ١٩٨٦/١١/٢٤ الدعوى ١٩٨٦/١٣٦ حبس. وقد أشار أيضا إلى المعارضة.

(٢) منشور الحقانية رقم ١٦٩٥ فى ١٧ مارس سنة ١٩١١ .

الصادر فيها[١] خصوصاً وأن المحكمة المختصة بدعوى الحبس تتبع فى إجراءاتها الضمانات الكافية فهى لاتحكم بالحبس إلا بعد أمر المحكوم عليه بالدفع وعدم امتثاله كما سيلى .

٤- أن يكون المحكوم عليه قادراً على تنفيذ الحكم الصادر ضده. وشرط القدرة على التنفيذ منوط بيسار المحكوم عليه بحيث يكون فى استطاعته الوفاء بالنفقة المحكوم بها وفقاً للحكم المنفذ به[١] .

أما إذا كان المحكوم عليه معسراً فلا يجاب المحكوم له إلى طلب الحبس الذى شرع للتوصل إلى قضاء الدين فلا يكون فى حبس المحكوم عليه فائدة فلن يؤدى حبس المدين إلى وفائه بالدين.

ويصح الحبس ولو كان المحكوم له يستطيع الحصول على حقه عن طريق آخر على مال المحكوم عليه ذلك أن الشارع لم يشترط فى المادة ٧٦ مكررا إلا أن يكون المحكوم عليه قادراً على الوفاء بدين النفقة المحكوم به.

---

(١) فقد جاء بمنشور الحقانية رقم ٢٢٦٢ فى ٢٤ فبراير سنة ١٩١٢ ما يأتى :

لاحظت الوزارة من مراجعة قضايا الحبس أن بعض المحاكم لاتسير فى إجراءات الحبس إلا على محضر صادر فى مواجهة المحكوم عليه ومثبوت فيه امتناعه فعلا من أداء النفقة وحيث أن المادة ٣٤٣ (المقابلة للمادة ٣٤٧ من اللائحة الجديدة) التى قضت بحبس المدين عند امتناعه عن دفع النفقة المحكوم بها لم تحتم أن يكون الامتناع صريحاً بل يجوز أن يكون ضمنياً ويكفى لاعتبار المدين ممتنعاً عن الدفع سكوته عن أداء النفقة بعد إعلانه بالحكم الصادر بها خصوصاً وأن محضر الامتناع ليس إلا وسيلة للسير فى إجراءات الحبس ولاتحكم المحكمة بالحبس إلا بعد أمر المحكوم عليه بالدفع وعدم امتثاله وفى إجراءات المحكمة ضمانة كافية للمدين لذلك ترى الوزارة أنه ليس من الضرورى أن يكون محضر الامتناع صادراً فى مواجهة المحكوم عليه وأنه يكفى لاعتباره ممتنعاً عدم دفع النفقة للمحضر المكلف بقبضها - وفى هذا المعنى بندر طنطا قسم أول الجزئية بتاريخ ١٩٨٨/٤/٢٦ الدعوى رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٧ حبس.

(٢) الدكتور فتحى عبد الصبور - البحث المشار إليه ص ٩٠٢- الأقصر الجزئية بتاريخ ١٩٨٦/١١/٢٤ فى الدعوى رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨٦ حبس.

ويقع عبء إثبات القدرة على الوفاء بالنفقة المحكوم بها على عاتق المحكوم له بالنفقة ، لأن الأصل فى الإنسان الفقر.

وتعتبر قدرة المحكوم عليه على تنفيذ الحكم من المسائل الموضوعية التى تخضع لتقدير قاضى الموضوع.

ويكون الإثبات فى هذه الخصوصية من الدعوى قائماً بذاته ومنفصلاً عن الإثبات الذى تم أمام المحكمة التى أصدرت الحكم بالنفقة موضوع دعوى الحبس ، فقد تطلب نص المادة ٧٦ مكررا أن يثبت من جديد أمام المحكمة قدرة المحكوم عليه على القيام بأداء ما حكم به ، وعلى هذا لايكون حكم النفقة دليلاً بذاته على اليسار أمام قاضى الحبس لأن حالة الشخص من حيث اليسار أو الإعسار من الأمور القابلة للتغيير.

ويجب أن تبين المحكمة الأساس الذى استظهرت منه قدرة المحكوم عليه وإلا كان حكماً مشوباً بالقصور فى التسبيب[١] .

وقد جاء بمنشور الحقانية رقم ٦٦ في ٢٧ مارس ١٩١٦ ما يأتي :

« لايكتفى بقول الشاهدين فى دعاوى الحبس أن المطلوب حبسه قادر على الدفع بدون أن تتبين المحكمة وجه القدرة على ذلك وحيث أن القدرة على الأداء موكول تقديرها للقاضى دون غيره وإنما يستعين على إظهارها ببيان الوجه الذى يدل عليها فإذا أجمل الشاهد فعلى القاضى أن يستفسر منه حتى يستجلى الحقيقة ويتمكن من تقدير حالة المطلوب حبسه» .

---

(١) المستشار أحمد نصر الجندى - قوانين الأحوال الشخصية فى ضوء القضاء والفقه ١٩٨٠ ص ٣١٢- ولكنه يستطرد أن حكم النفقة يعتبر قرينة على اليسار تقبل إثبات العكس- - المستشار السيد خلف قضاء المحاكم الجزئية والابتدائية ١٩٨٠ ص ٧٤.

كما جاء بمنشورها رقم ٨١ في ١٣ مايو سنة ١٩١٦: لاحظت الحقانية علي بعض المحاكم ما يأتي :

« تكليف طالب الحبس بالبينة على اليسار بعد أن اعترف المدعى عليه باليسار مع أن الاعتراف فى هذا حجة لايحتاج معها إلى بينة ».

وقد قضت محكمة قويسنا الجزئية للأحوال الشخصية- تطبيقاً للمادة ٣٤٧ سالفة الذكر- بتاريخ ١٩٨٨/٤/٢٦ في الدعوي رقم ١٣ لسنة ١٩٨٨ بأن :

« وحيث إنه لما كان ما سلف وهديا به وكان الثابت للمحكمة من مطالعتها لأوراق الدعوى ومستنداتها أن المدعية قد تحصلت على حكم بفرض نفقة لها على المدعى عليه قدرها سبعة وأربعون جنيهاً شهرياً وذلك من الحكم الصادر فى الدعوى رقم ٣٧٦ سنة ١٩٨٢ أحوال شخصية نفس قويسنا والقاضى بنفقة للمدعية مبلغ ثلاثين جنيهاً شهرياً ولابنها طارق من المدعى عليه مبلغ سبعة جنيهات ولولديها أميرة ووليد من المدعى عليه مبلغ عشرة جنيهات مناصفة بينهما شهرياً وقد بات هذا القضاء نهائياً وذلك من الشهادتين الصادرتين من نيابتى قويسنا وشبين الكوم للأحوال الشخصية المؤرخين ١٩٨٤/٧/٥ ، ١٩٨٤/٧/٧ واللتين تفيدان عدم حصول معارضة أو استئناف للحكم الصادر فى الدعوى رقم ٣٧٦ سنة ١٩٨٤ أحوال شخصية نفس قويسنا وكان الثابت أن المدعى عليه ممتنع عن أداء المبلغ المطالب به للمدعية وذلك من إعلانه بصحيفة تلك الدعوى كما أن الثابت أنه قادر على أداء هذا المبلغ وذلك من الحكم الصادر فى الدعوى رقم ٣٧٦ سنة ٤٨٩١ أحوال شخصية نفس قويسنا[1] وعدم مثوله بجلسات المحكمة ليدرء الدعوى عنه بثمة دفع أو دفاع ، وكان الثابت أن المحكمة أمرته بأن يؤدى للمدعى المبلغ موضوع الدعوى وذلك بجلسة ١٩٨٨/٣/٢٩ وأعلن هذا الأمر بتاريخ ١٩٨٨/٤/٩ ومن ثم يكون المدعى بالفعل مماطلاً فى سداد النفقة المستحقة عليه وتكون الدعوى قد أقيمت من المدعى على

---

(١) ويلاحظ ما ذكرناه من أن اليسار لايثبت من حكم النفقة.

سند صحيح من الواقع والقانون جديرة بالتأييد بحبس المدعى عليه لمماطلته فى الدفع لأن المطل جزاؤه الحبس وهو ما تقضى به المحكمة».

٢٠٦- عدم حبس عديم الأهلية وحبس ولي المال :

نص منشور الحقانية رقم ٢٥ فى ١٧ فبراير سنة ١٩١٦ على أن لاتقبل دعاوى الحبس إذا كان المطلوب حبسه عديم الأهلية بأن كان محجوراً عليه أو قاصراً لم يبلغ الثامنة عشرة من عمره حيث أن الحكم بالحبس على مقتضى المادة ٣٤٣ (المقابلة للمادة ٣٤٧ من اللائحة الحالية) شرطه ثبوت القدرة على دفع النفقة المحكوم بها وامتناع المحكوم عليه عن دفعها ومعلوم أن مال القاصر تحت يد وصيه فالشرط السابق غير متوفر فيه هذا وللمحكوم لها أن ترفع دعوى الحبس على ولى المال وليس ما يمنع من حبسه إذا تحققت المحكمة أن تحت يده ما لا للقاصر أو المحجور عليه يمكن دفع النفقة منه وأنه ممتنع عن الدفع.

كما جاء بالمنشور رقم ٢٢ في ٥ /١٩٣٢/١٢ أن : لاحظت الوزارة أن بعض المحاكم لم تراع ما يقضى به منشور الوزارة رقم ٢٥ لسنة ١٩١٦ فيحكم بحبس الأوصياء أو القوام بمجرد أن يثبت أن للقصر أو المحجور عليهم أموالاً تحت ولايتهم مع أنه لأسباب قهرية قد لاتكون هذه الأموال فى حيازتهم أو لأنه لم يصل شئ من ريعها إلى أيديهم مثلاً إلى غير ذلك مما يتعذر معه الاقتدار على الدفع ولايتحقق شرط الحكم بالحبس- والوزارة ترى أن تعنى المحاكم بدقة البحث فى هذه القضايا للتحقق من وجود مال بالفعل لدى الوصى أو القيم يمكن دفع المطلوب منه فى الحال وأن تتحرى عند الاقتضاء من المجالس الحسبية والجهات الإدارية عما يلزم الوقوف عليه للوصول إلى عدالة الحكم .

والواضح من المنشور المذكور أنه جعل مناط عدم حبس من لم يبلغ الثامنة عشرة من عمره ، هو قصره الذى يجعل ماله تحت يد وليه أووصيع فلا يكون فى قدرته أداء المبلغ المقضى به إلى المحكوم له، إذ كان سن الرشد المعمول به فى تاريخ صدور المنشور هو ثمانى عشرة سنة [١] .

ولما كان سن الرشد قد رفع إلى واحد وعشرين سنة بمقتضى قانون المجالس الحسبية الصادر فى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ ، وأبقى قانون المحاكم الحسبية الصادر فى ١٩٤٧ على هذه السن ومن بعده المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٥٩٢ – السارى الآن – وتحسب السن طبقاً للتقويم الميلادى (م٧٧ من المرسوم بقانون) . فإن أحكام هذه القوانين تكون معدلة لسن القاصر الوارد بالمنشور سالف الذكر، ولايجوز حبس المحكوم عليه فى دين النفقة مالم يبلغ واحد وعشرين سنة ميلادية.

٢٠٧- حبس الموظف العام :

قضى منشور الوزارة (الحقانية) الصادر فى ٢ أبريل سنة ١٩١٣ بعدم حبس المستخدم مادام لم يسع فى الإضرار بحقوق طالب التنفيذ طبقاً لما نص عليه فى الوجه الثالث عشر من تعليمات الحبس وقد روعى أن طالب التنفيذ ربما يصل إلى حقوقه من الموظف أكثر من غيره ، ولكن قد دلت الأحوال على أن كثيراً منهم امتنع عن تنفيذ أحكام النفقات الصادرة ضده مع قدرته على القيام بما حكم عليه فلا محل إذن لاستثناء المستخدمين من نص المادة ٣٤٣ من اللائحة (م ٣٤٧ من اللائحة الجديدة) .

---

(١) وكانت تحسب هذه السن بالتقويم الهجرى فيما يتعلق بالأشخاص الخاضعين فى أحوالهم الشخصية للشريعة الاسلامية « المجلس الحسبى العالى ١٩١٤/٥/٣١ مشار إليه فى مؤلف المستشار محمد كمال حمدى الولاية على المال الجزء الأول الطبعة الأولى ١٩٦٣ ص١٦ هامش (١)».

ويجب إخطار المصلحة التابع لها الموظف بحكم الحبس الذى يصدر ضده لاتخاذ ما يلزم لذلك ويؤشر فى ملف القضية بتاريخ ونمرة الخطاب[١].

(منشور رقم ٢٣٨٢ فى ١٢ مايو سنة ١٩١٤)

٢٠٨- عدم جواز حبس الكفيل:

لايجوز الحكم بحبس الكفيل الذى يقدمه المحكوم عليه بالحبس لكفالة الدين محل حكم الحبس، إذا لم يقم المحكوم عليه بالوفاء بالمبلغ المنفذ به. ذلك أن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية خلت من نص على ذلك ولأن الكفيل كفل بالمال فقط، أما إذا كانت الكفالة فى أمور الزوجية لا فى المتجمد المطلوب الحبس من أجله، فإنه يصح حبس الكفيل إذا حكم ضده وثبت أنه قادر وممتنع عن الأداء.

وقد جاء بفتاوى البحر : سئل عن رجل له على آخر دين شرعى وبه كفيل فهل له المطالبة بالدين على الأصيل والكفيل وحبسهما عليه أم لا أجاب نعم له ذلك.

وتطبيقاً لذلك جاء بمنشور الحقانية رقم ٤٨٨١ في ٢٩ يونية سنة ١٩١١ أنه:

« استعلم بعض المحاكم الشرعية عما إذا كان يجوز الحكم بالحبس على الكفيل الذى يحضره المحكوم عليه بالحبس المنصوص عنه فى المادة ٣٤٣ (٣٤٧- ٧٨- ١٩٣١) من لائحة الإجراءات ...

---

(١) وكان قد صدر منشور الحقانية بتاريخ ٤ يناير ١٩١٣ يقضى بأنه متى كان يحبس أحد من عمال الحكومة طبقاً لأحكام المادة ٣٤٣ من اللائحة (٣٤٧ – ٧٨ لسنة ١٩٣١) يجب إخطار المصلحة التابع لها المحكوم عليه فوراً مع بيان مدة الحبس المحكوم بها ويؤشر فى ملف القضية بتاريخ ونمرة الإخطار.

والوزارة تفيد بعدم حبس الكفيل حيث لم ينص على ذلك فى اللائحة ولأنه كفيل بالمال ويؤخذ من هذا الاستفهام أن بعض المحاكم تهمل فى معرفة حال الكفيل لأنه إذا كان ممن يجوز حبسه لعدم قيامه بكفالته كان الأولى... الخ».

٢٠٩- عدم جواز حبس المحكوم عليه اكثر من مرة عن متجمد نفقة مدة واحدة :

جاء بمنشور الحقانية رقم ٤٨٨١ فى ٢٩ يونية سنة ١٩١١ أنه : «... لو حكم على شخص بالحبس طبقاً للمادة ٣٤٣ من اللائحة المذكورة (المقابلة للمادة ٣٤٧ من اللائحة الحالية) ونفذ عليه حكم الحبس فعلاً ولم يقم بدفع المبالغ التى حبس من أجلها فلا يجوز حبسه مرة ثانية وإنما يبقى طريق التنفيذ على المال.

٢١٠- جواز حبس المحكوم عليه اكثر من مرة عن المبالغ التي يستجد استحقاقها :

جاء بمنشور الحقانية رقم ١٠٣٥٨ فى ٤ نوفمبر سنة ١٩١٢ : قد اشتبه الأمر على بعض المحاكم فيما إذا حكم بالحبس على شخص لامتناعه عن تنفيذ الحكم الصادر فى النفقات أو فى أجرة الحضانة أو الرضاع أو المسكن وتجددت عليه مبالغ من هذه الأنواع غير المبالغ التى حكم عليه بالحبس لأجلها وامتنع عن دفعها فاستفهمت من الوزارة عما إذا كان يجوز الحكم بحبسه مرة ثانية فى هذه الحالة أو لايجوز. وحيث أن الحبس شرع ليكون وسيلة لإجبار المحكوم عليه على تنفيذ ما وجب عليه بمقتضى الأحكام الصادرة فى النفقات وأجرة الحضانة والرضاع والمسكن.

وحيث إن المبالغ المتجددة لم تكن واجبة على المحكوم عليه ولا مستحقة التنفيذ وقت الحكم بالحبس الأول وإنما وجبت بعد ذلك بدخول الوقت

الذى تستحق فيه بمقتضى الحكم كما هو النص الشرعى وحينئذ فالحكم الذى يصدر بالحبس لأجل امتناع المحكوم عليه عن دفع ما تجمد عليه لايكون وسيلة لإجباره على التنفيذ بالنسبة للمبالغ التى تتجدد بعده لعدم وجوبها عليه فى ذلك الوقت لهذا ترى الحقانية أنه إذا تجددت مبالغ أخرى على المحكوم عليه بعد الحكم بحبسه ورفع الأمر إلى المحكمة المختصة لأجل حبسه لامتناعه عن دفعها وثبت لديها أنه قادر على دفعها وأمرته ولم يمتثل حكمت بحبسه مدة لاتزيد عن ثلاثين يوماً بالتطبيق للمادة ٣٤٣ من اللائحة (المقابلة للمادة ٣٤٧ من اللائحة الحالية) ولو كانت مدة الحبس فى المرة الأولى شهراً وذلك تحصيلاً للغرض المقصود من مشروعية الحبس ومن البديهى أنه يجب الالتفات الكلى إلى التثبت جيداً عند النظر فى طلب الحبس الجديد من اقتدار المحكوم عليه بما لايدع شكاً فى هذا الخصوص مع البحث عن السبب الحامل على عدم الدفع فى المرة الأولى واختياره الحبس إن كان هو التعنت أو شيئاً خلافه.

٢١١- كيفية رفع دعوي الحبس:

جاء بالبندين الأول والثانى من تعليمات الحبس الصادرة بمنشور وزارة الحقانية (العدل) رقم ٨٦٣ فى ١٢ فبراير سنة ١٩١١ أنه: « إذا رغب المحكوم له حبس المحكوم عليه عند امتناعه عن دفع النفقة أو أجرة الحضانة أو الرضاع أو المسكن عملاً بالمادة ٣٤٣ (٣٤٧ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١) فعليه أن يذكر ذلك فى استمارة التنفيذ وإذا امتنع المحكوم عليه عن الدفع فعلى المنوط بالتنفيذ أن يثبت فى محضره وأن يحدد اليوم الذى يحضر فيه الخصوم أمام المحكمة الجزئية (الشرعية)[1] التى أصدرت حكم

(١) دائرة الأحوال الشخصية (نفس) بالمحكمة الجزئية الآن .

النفقة أو التى بدائرتها محل التنفيذ ويعلن الخصوم بصورة من ذلك المحضر ويرسل الأوراق للمحكمة المذكورة.

ونص البند الثالث على أن يقيد طلب الحبس فى دفتر خاص.

وعلى ذلك تكون التعليمات المذكورة قد أجازت لطالب الحبس أن يكتفى فى رفع الدعوى بأن يذكر ذلك فى استمارة التنفيذ.

وهذا الإجراء قصد به التيسير على طالب الحبس بوضع نظام مبسط لرفع دعواه بالحبس ، إلا أنه ليس هناك ما يحول بينه وبين رفع دعوى الحبس بالطريق المعتاد لرفع الدعوى، أى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة (م٦٣ مرافعات) . ومعنى ذلك أن لطالب الحبس الخيار بين هذين الطريقين.

وفي هذا جاء بمنشور الحقانية رقم ٢٦٥٧ في ١٢ أبريل سنة ١٩١٣ أنه :

قررت بعض المحاكم رفض دعاوى الحبس بناء على أن الطالب لم يطلبه فى استمارة التنفيذ بل رفعه بواسطة إعلان كبقية الدعاوى وحيث إن المادة ٣٤٣ من اللائحة (المقابلة للمادة ٣٤٧ الحالية) تقضى بسماع دعاوى الحبس والفصل فيها مطلقاً والتعليمات لايقصد منها إلا التسهيل على طالب الحبس بالاكتفاء بذكره فى استمارة التنفيذ. لهذا لاترى الحقانية مانعاً من سماع هذه الدعاوى إذا أعلنت بطرق الإعلان المقررة.

٢١٢- المحكمة المختصة بنظر الدعوي:

نصت المادة ٧٦ مكررا المضافة بالقانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠ على أن دعوى الحبس ترفع إلى المحكمة التى أصدرت الحكم أو التى يجرى التنفيذ بدائرتها.

فقد ترك الشارع الخيار للمدعى ، فله أن يرفع دعواه إما إلى المحكمة التى أصدرت الحكم المنفذ به أو المحكمة التى بدائرتها محل التنفيذ كما لو كان المحكوم له قد أوقع حجزا تنفيذيا ضد المحكوم ضده في دائرة محكمة أخرى غير دائرة المحكمة التى أصدرت الحكم .

وترفع الدعوى إلى دائرة الأحوال الشخصية (للولاية على النفس)، على أن يراعى أن توزيع العمل على دوائر المحكمة مسألة تنظيمية وليس من شأن ذلك التوزيع أن يخلق نوعاً من اختصاص تنفرد به دائرة دون أخرى، فإذا رفعت الدعوى إلى الدائرة المدنية مثلاً، وصدر الحكم فيها من هذه الدائرة كان الحكم صادراً من محكمة مختصة.

وقد راعى الشارع فى إسناد الاختصاص إلى هاتين المحكمتين التيسير على المحكوم له، ذلك لأن إسناد الاختصاص إلى المحكمة الأولى روعى فيه أن تقوم المحكمة التى أصدرت الحكم بالإشراف على تنفيذه وبالفصل فيما ينشأ عنه من مشكلات وهى أقدر على الفصل فيها. أما المحكمة التى يتبعها محل التنفيذ فمرد اختصاصها إلى تجنب المحكوم له مشقة الانتقال إلى مقر المحكمة التى أصدرت الحكم [١] .

ودعوى الحبس ترفع دائما إلى المحكمة الجزئية[٢] ، حتى لو كان

---

(١) المحكمة العليا- الدعوى رقم واحد لسنة ٥ القضائية عليا (دستورية) فى ١٩٧٤/٦/٢٩.

(٢) وكانت المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الملغاة تنص على أن دعوى الحبس ترفع إلى المحكمة الجزئية التى أصدرت الحكم أو التى يجرى التنفيذ بدائرتها.

الحكم الصادر بالنفقة والأجور وما فى حكمها صادرا من المحكمة الابتدائية عملا بالمادة العاشرة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ .أو من المحكمة الابتدائية التى طعن أمامها فى الحكم بالاستئناف أو من محكمة الاستئناف التى طعن أمامها فى الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية طبقا لحكم المادة العاشرة من القانون المذكور . و علة ذلك أن المحكمة الجزئية هى التى تختص وحدها بنظر دعاوى الحبس طبقا للبند التاسع من الفقرة (أولا) من المادة التاسعة من القانون رقم (١) لسنة٢٠٠٠ المضاف بالقانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠.

(راجع المادة الأولى من القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠).

٢١٣- الاجراءات التي تتبع في نظر دعوي الحبس :

نظمت هذه الإجراءات تعليمات الحبس الصادرة بمنشور وزارة الحقانية رقم ٨٦٣ فى ١٩١١/٢/١٢ سالف الذكر ، وتخلص هذه الإجراءات فيما يأتى :

١- إذا حضر الطرفان فى اليوم المحدد سارت المحكمة فى الإجراءات، فإن ثبت للمحكمة أن المحكوم عليه غير قادر على تنفيذ الحكم قررت انتظار ميسرته. وإن ثبت أنه قادر على الدفع أمرته بالسداد وإن احتاج إلى مهلة مقبولة أمهلته وأجلت النظر فى المسألة إلى جلسة أخرى فإن لم يمتثل للأمر حكمت بحبسه (بند رابعاً).

وتطبيق هذه التعليمات يؤدى إلى أنه إذا ثبت للمحكمة أن المحكوم عليه غير قادر على تنفيذ الحكم ، فإنها تقضى برفض دعوى الحبس، ويكون على المحكوم له رفع دعوى حبس جديدة عند ميسرة المحكوم عليه.

ولذلك جاء بمنشور الحقانية رقم ٢٣ في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٢ انه :

« قضت الفقرة الرابعة من تعليمات الحبس الصادر بها منشور الوزارة رقم ٨٦٣ فى ١٢ فبراير سنة ١٩١١ بأنه إذا ثبت للمحكمة أن المحكوم عليه غير قادر على تنفيذ الحكم قررت انتظار ميسرته .. وتبين للوزارة من تتبع قضايا الحبس أن المحاكم الشرعية قد اختلف سيرها فى هاتين الحالتين فبعضها يقرر فى الحالة الأولى انتظار الميسرة والبعض الآخر يقرر رفض الدعوى.. وترى الوزارة توحيداً للعمل وتمشياً مع الإجراءات القضائية المقررة بلائحة المحاكم الشرعية فى سائر الدعوى أن تقرر المحكمة ... رفض الدعوى .. الخ» .

وإذا ثبت للمحكمة أن المحكوم عليه قادر على الدفع فإنها لاتمهله إلا إذا طلب منها إمهاله فإذا رأت أن طلب المهلة وجيه أى له ما يبرره أجابته إليه، غير أنها غير ملزمة بإعطائه مهلة أخرى. أما إذا رأت أن طلب المهلة غير ذلك فإنها ترفضه ، وفى هذه الحالة تكون ملزمة بأن تبين فى حكمها الأسباب التى أوجبت الرفض.

وقد جاء بمنشور الحقانية رقم ٤٩في ١٩ اكتوبرسنة ١٩١٢ أنه :

« لاحظت الحقانية أن بعض المحاكم الشرعية لاتزال تتساهل فى قضايا الحبس تساهلاً أدى إلى عدم مراعاة القواعد التى وضعتها الوزارة.. ومن ذلك أن بعضها يرفض طلب المهلة لأول مرة إما بلا بيان الأسباب وإما لأن المدعى لم يوافق على ذلك وقد جرى بعض المحاكم على الإمهال بلا طلب وكلا العملين لا وجه له ومخالف للوجه السابع من التعليمات حيث نص فيه على أن المدعى عليه إذا احتاج إلى مهلة مقبولة أمهلته المحكمة والإمهال من شأنها فمتى رأت أن الطلب وجيه أمهلت وإلا رفضت مع بيان الأسباب الموجبة للرفض ولا دخـــل لرضا المدعى بالمهلة أو عدمه كما أن الإمهال بلا طلب لا وجه له لمخالفته للوجه التاسع عشر من التعليمات القاضى بأن المحاكم تحكم على وجه السرعة فى المواد المتعلقة بالحبس.. الخ.

وإذا ثبت للمحكمة أن المحكوم عليه قادر على الدفع، ولم يطلب إمهاله فإنها تأمره بسداد المبلغ المنفذ به، ويكون هذا الأمر فى مواجهته بالجلسة إن كان حاضراً ، أو بإعلانه إليه إذا كان غائباً ، وتكلف المحكمة المحكوم له طالب الحبس بهذا الإعلان».

وقد أفادت وزارة الحقانية بأن إعلانات أوامر الدفع يكفى فيها تحقق وصولها إلى صاحب الشأن (١) .

---

(١) فقد جاء بالأمر الصادر لمحكمة طنطا الكلية الشرعية بتاريخ أول ديسمبر سنة ١٩١٥ برقم ٦٣٦ ما يأتى :

استعلمت محكمة طنطا الكلية عما يتبع فى إعلانات الحبس وأوامر الدفع فى قضايا الحبس. (التى لاتقبل معارضة) بالنسبة لتقرير بطلانها من عدمه عند عدم حضور المدعى عليه وأفادت الوزارة بأن إعلانات الحبس وأوامر الدفع فى قضايا الحبس يكفى فيها تحقق وصولها إلى صاحب الشأن أو إعلانها فى المحل المنصوص عليه فى اللائحة.

ولايغنى عن الأمر بالأداء أن يكون الحكم الصادر بالنفقة مأموراً فيه بالأداء لأن الخطاب فى النص موجه للمحكمة المرفوع أمامها دعوى الحبس.

كما لايغنى عن هذا الأمر أن يكون المحكوم عليه مقراً بالحق بالحبس(١) .

ولم يشترط النص أن يكون الأمر بالأداء مسببا. وقد جرى العمل أيضاً على عدم تسبيبه(٢) .

والأمر بالأداء مؤداه ثبوت قدرة المدعى عليه على أداء المبلغ المطالب به من ناحية ، وأمر المدعى عليه بأداء المبلغ المذكور من ناحية أخرى، ومن ثم فهو قرار له حجيته فلا يجوز للمحكمة العدول عنه وإعادة المناقشة فيه.

ويستفاد ذلك من صريح نص المادة ٣٤٧ حيث تقول وأمرته ولم يمتثل حكمت بحبسه(٣) .

٢ - إذا حضر المحكوم عليه وادعى براءة ذمته من المبلغ المحكوم به ولم يصادقه الطالب، فلا توقف إجراءات التنفيذ إلا أن يقدم المحكوم عليه كفيلاً مقتدراً أو أودع المبلغ على ذمة المحكوم له فى إحدى خزائن

---

(١) فقد جاء بمنشور الحقانية رقم ٨١ فى ١٣ مايو سنة ١٩١٦ : جـ- حكم فى قضية حبس على المدعى عليه المعترف بالحق بالحبس مع أنه لم يؤمر بالأداء وهذا لايوافق المذهب.

(٢) وفيما يلى نموذج للأمر بالأداء الذى يصدر فى غيبة المحكوم عليه (المدعى عليه فى دعوى الحبس) :

قررت المحكمة أمر المدعى عليه بأن يؤدى إلى المدعية قيمة متجمد النفقة المطالب به وقدره .... قرش جنيه ( )
وحددت لذلك جلسة / / وعلى المدعية إعلان المدعى عليه بذلك.

(٣) كمال البنا فى مرافعات الأحوال الشخصية - ص ١٢٣.

الحكومة وإذا لم يرفع دعواه أمام الجهة المختصة في ظرف خمسة عشر يوماً من تاريخ الإعلان يصرف المبلغ للمحكوم له على أنه يصح إيقاف إجراءات الحبس ولو بغير إيداع إذا قدم المحكوم عليه حكماً أو سنداً رسمياً ببراءة الذمة وللمحكوم له الطعن فى الحكم أو السند الرسمى أمام الجهة المختصة (بند خامساً)(١) .

وإذا نازع المدعى فى اقتدار الكفيل فيتبع فى ذلك ما يقضى به البند السادس عشر من تعليمات الحبس، فتتحقق المحكمة من كفاءته ومتى ثبت لها أنه مقتدر تأخذ عليه تعهدا كتابياً بأن يضمن المحكوم عليه بالتضامن فى تنفيذ الحكم الصادر عليه ودفع جميع المبالغ المحكوم بها.

٣- إذا حضر المحكوم له وغاب المحكوم عليه بعد إعلانه سارت المحكمة فى الإجراءات بلا حاجة لإقامة وكيل عن الغائب وكلفت المحكوم له بإثبات اليسار وبعد التحقق من يسار المحكوم عليه تصدر المحكمة أمراً بالدفع وتؤجل القضية لجلسة أخرى ويعلن هذا الأمر للمحكوم عليه بمعرفة الطالب بطريق الإعلانات المقررة فإن لم يدفع المحكوم عليه بعد إعلانه حكم بحبسه فى الجلسة التى تحددت (بند سادسا)(٢) .

---

(١) وبناء على ذلك جاء بمنشور الحقانية رقم ٨١ فى ١٣ مايو سنة ١٩١٦ بأن : سارت إحدى المحاكم فى دفع المدعى عليه ببراءة ذمته من المبلغ المطلوب فى قضية حبس لسبق إقامة المدعية مع المدعى عليه أربعة أشهر ونصف تأكل تموينا إلى أن رفضته للعجز عن الإثبات وكان اللازم أن يكلف المدعى عليه الدافع بإيداع المبلغ فى إحدى خزائن الحكومة أو إحضار كفيل مقتدر وأن يرفع دعواه بعد ذلك أمام المحكمة المختصة ليحصل على براءة ذمته إن كانت بريئة طبقا للوجه الخامس من التعليمات .

(٢) راجع الأمر الصادر لمحكمة طنطا الكلية الشرعية بتاريخ ١٩١٥/١٢/١ المنشور سلفاً.

ولايفهم من ذلك أنه يجب على المحكمة إصدار حكمها بحبس المحكوم عليه في ذات الجلسة المذكورة، وإنما المقصود بما ورد فى التعليمات هو ثبوت الحق للمحكمة فى إصدار الحكم بحبسه فى هذه الجلسة، ولايوجد ما يحول دون إرجاء المحكمة إصدار حكمها بالحبس إلى جلسة لاحقه ، وهو ما سار عليه العمل بالمحاكم.

٢١٤- قرار وقف إجراءات التنفيذ لادعاء براءة الذمة منهي للخصومة :

قضى الوجه الخامس من تعليمات الحبس الصادر بها منشور الوزارة رقم ٨٦٣ سنة ١٩١١ بوقف إجراءات التنفيذ إذا ادعى المدين براءة ذمته بشرط تقديم كفيل مقتدر أو إيداع المبلغ المنفذ به فى إحدى خزائن الحكومة وقد اعتاد بعض المحاكم أن يوقف السير فى قضية الحبس فى هذه الحالة مع أنها ليست من الأحوال المبينة فى اللائحة التى يقرر فيها وقف السير.

وبما أن قرار وقف إجراءات التنفيذ يعتبر منهياً لقضية الحبس حيث لاسبيل للحكم به مع وجود الكفيل المقتدر أو إيداع المبلغ فترى الوزارة وجوب تسجيل هذا القرار واعتبار القضية التى يصدر فيها منتهية غير قابلة لتجديد السير.

وبعد استحقاق المبلغ المودع لواحد من الخصوم بأذن القاضى الشرعى بناء على طلب المستحق وبعد الاطلاع على الأوراق الرسمية المثبتة لاستحقاقه صرفه إليه وتحفظ هذه الأوراق مع إذن الصرف.

(منشور الحقانية (العدل) رقم ٧ فى ١٩٢٩/٣/٧)

٢١٥- شطب دعوي براءة الذمة وأثر ذلك علي المبلغ المودع جزينة المحكمة :

إذا ادعى المحكوم عليه أثناء نظر الحبس براءة ذمته من المبلغ الصادر به الحكم المنفذ به ولم يصادقه المدعى على ذلك، ثم قام بإيداع هذا المبلغ إحدى الخزائن الحكومية على ذمة المدعى، وقام برفع دعوى ببراءة ذمته من المبلغ المذكور أمام المحكمة المختصة، ثم تخلف عن الحضور أمام هذه المحكمة فقررت شطب دعواه، فلا يترتب على ذلك تسليم المبلغ المودع منه إلى المحكوم له، وإنما يتعين عليه اتباع الإجراءات القانونية للحصول عليه[١] .

٢١٦- مدة الحبس :

حددت المادة ٧٦ مكررا مدة الحبس - كما فعلت المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الملغاة- بما لايزيد على ثلاثين يوما . على أنه إذا أدى المحكوم عليه ما حكم به أو أحضر كفيلاً يقبله الصادر لصالحه الحكم فإنه يخلى سبيله.

وقد نصت تعليمات الحبس (البند ١٨) على أن يفرج عن المحكوم عليه حالاً متى سدد المبالغ المحبوس من أجلها أو قد كفيلاً مقتدراً أو طلب المحكوم له الإفراج عنه أو ألغى الحكم الصادر بالنفقة أو صدر حكم آخر بإسقاطها.

وسيأتي تفصيل ذلك.

---

(١) كتاب الحقانية لمحكمة طنطا الكلية فى ١٩٢١/١/٢٠ برقم ٣٢٨.

٢١٧- الحكم الصادر بالحبس :

أوجب البند (تاسعاً) من تعليمات الحبس أن يصدر الحكم فى دعوى الحبس مسبباً ، إذ نصت على أنه : على المحكمة فى كل الأحوال أن تصدر قراراً بما تراه مبنياً على الأسباب التى تؤيده . فإذا صدر الحكم غير مسبب كان باطلاً.

ويجب أن يذكر فى الحكم الصادر بالحبس المبالغ الواجب دفعها ومدة الحبس ويبين فيه أنه لو دفع المحكوم عليه تلك المبالغ أو قدم كفيلاً مقتدراً أو طلب المحكوم له الإفراج عنه ، فإنه يفرج عنه فى الحال (بند ١١ من تعليمات الحبس)(١) .

٢١٨- الحكم بالحبس عند تقسيط النفقة :

جاء بمنشور الحقانية رقم ٣٧١٠ فى ١٣ مايو سنة ١٩١٣ أنه :

جرت بعض المحاكم على القضاء بتقسيط مبلغ النفقات المطلوب من المحكوم عليه بناء على اتفاق الطرفين وبحبسه إذا تأخر عن دفع أي قسط ولما كان الحكم بالحبس بهذه الحالة سابقاً لأوانه فالواجب ألا يحكم بالحبس إلا إذا حل القسط وامتنع المحكوم عليه عن أدائه بدون أن يثبت أنه قد طرأ عليه بعد الحكم بالتقسيط ما أوجب إعساره.

---

(١) ونعرض فيما يلى نموذج لمنطوق حكم صادر بالحبس :

حكمت المحكمة على المدعى عليه : بحبسه ثلاثين يوماً (مثلاً) من تاريخ القبض عليه نظير امتناعه عن دفع مبلغ .... فقط للمدعية ، على أنه إذا دفعه إليها أو أحضر لها به كفيلاً ترضاه أوطلبت هى الإفراج عنه فإنه يفرج عنه فوراً وألزمت المدعى عليه المصاريف ومبلغ .... مقابل أتعاب المحاماة.

وقد نص فى البند (عاشراً) من تعليمات الحبس على أن تسجل القرارات الصادرة فى طلبات الحبس فى دفتر من سجلات الأحكام ويخصص لذلك ويسمى سجل قرارات التنفيذ.

٢١٩- عدم السير في قضايا الحبس في حالة حصول الإعلان إلي النيابة:

أوجب منشور الحقانية رقم ٢٥ في ٣٠ أغسطس سنة ١٩١٧ عدم السير في دعاوى الحبس في حالة حصول الإعلان فيها للنيابة وقد جاء به :

حيث إن الحبس من الإجراءات التى يجب الاحتياط فيها وتمكين المدعى عليه من المدافعة إذا أراد فضلاً عن أن أحكام الحبس مما يتعين تنفيذها على النفس ولايتم ذلك إلا إذا كان للمطلوب حبسه محل إقامة معلوم فلهذا ترى الحقانية عدم السير فى دعاوى الحبس فى حالة حصول الإعلان فيها للنيابة وإذا أعلن فى محل آخر وشكت المحكمة فى صحة الإعلان فلها أن تقرر استحضار قضية النفقة للتحقق من حصول الإعلان فى محل يصح الإعلان فيه.

٢٢٠- أثر تخلف الطرفين في دعوي الحبس عن الحضور :

إذا تخلف الطرفان فى دعوى الحبس، كان على المحكمة أن تقرر شطب الدعوى.

فقد نص فى البند ثامناً من تعليمات الحبس على أنه إذا لم يحضر أحد من الخصوم قررت المحكمة شطب الدعوى.

٢٢١- أثر تخلف المدعي عن الحضور وحضور المدعي عليه في دعوي الحبس :

يقضى منشور الحقانية رقم ٢٣ فى ١٥ ديسمبر سنة ٣٩١٢ بأنه إذا لم يحضر طالب الحبس فى الجلسة المحددة وحضر المحكوم عليه تعين على

المحكمة أن تقرر شطب الدعوى إلا إذا طلب المدعى عليه اعتبار الدعوى كأن لم تكن ففي هذه الحالة يتعين إجابته إلى طلبه[(١)] .

وهذا لا يستقيم الآن ونص المادة ٨٢ مرافعات، ويجب اتباع حكم المادة الأخيرة .

٢٢٢- سرعة الفصل في دعاوي الحبس :

جاء بمنشور الحقانية رقم ٤٥ فى ٢٤ /١٩٢٦/٨ أنه :

قضى الوجه التاسع عشر فى تعليمات الحبس الصادرة فى فبراير سنة ١٩١١ بأن تحكم المحاكم على وجه السرعة فى المواد المتعلقة بالحبس والمنشور الصادر فى ٤ أبريل سنة ١٩١٤ رقم ٢٢٩٢ بأن يجب الإسراع فى قضايا الحبس مراعاة لحالة الخصوم الذين أكثرهم من النسوة المحتاجات ومع هذا قد لاحظت الوزارة

---

(١) وكانت تعليمات الحبس (بند سابعاً) تقضى بأنه إذا لم يحضر طالب الحبس وحضر المحكوم عليه يؤجل النظر فى طلب الحبس أجلا غير مسمى ، إلا أنه صدر المنشور المذكور ونصه كالآتى :

قضت الفقرة الرابعة من تعليمات الحبس الصادر بها منشور الوزارة رقم ٨٦٣ فى سنة ١٩١١ بأنه إذا ثبت للمحكمة أن المحكوم عليه غير قادر على تنفيذ الحكم قررت انتظار ميسرته وقضت الفقرة السابعة منها بأنه إذا لم يحضر طالب الحبس وحضر المحكوم عليه يؤجل النظر فى طلب الحبس أجلاً غير مسمى وتبين للوزارة من تتبع قضايا الحبس أن المحاكم الشرعية قد اختلف سيرها فى هاتين الحالتين فبعضها يقرر فى الحالة الأولى انتظار الميسرة والبعض الآخر يقرر رفض الدعوى كما أن بعض المحاكم يقرر فى الحالة الثانية التأجيل لأجل غير مسمى وبعضها يقرر اعتبار الدعوى كأن لم تكن وترى الوزارة توحيداً للعمل وتمشياً مع الإجراءات القضائية المقررة بلائحة المحاكم الشرعية فى سائر الدعاوى أن تقرر المحكمة فى الحالة الأولى رفض الدعوى وفى الثانية اعتبار الدعوى كأن لم تكن إذا طلب المدعى عليه ذلك وإلا قررت شطبها فنلفت نظر المحاكم إلى مراعاة هذا والسير على مقتضاه.

أن كثيراً من المحاكم لايراعى ذلك فيؤجل هذه القضايا آجالاً واسعة ويجيب طلب التأجيل لأسباب غير وجيهة وذلك مما يترتب عليه تأخير الفصل بلا موجب.

وبما أن الوزارة يهمها الإسراع فى فصل الخصومات خصوصاً فى هذا النوع من القضايا فلذا توجه نظر المحاكم إلى أن يكون التأجيل فيها قصيراً ولايجاب طلب التأجيل لأسباب غير وجيهة كالتأجيل لإيداع المبلغ أو إحضار كفيل حتى لايتضرر الخصوم.

والقصد من هذا المنشور والتعليمات سالفة الذكر هو مجرد حث همة المحكمة على الفصل فى دعاوى الحبس بسرعة، ولايترتب على مخالفتها ثمة بطلان.

٢٢٣- هل يجوز التنفيذ بالحبس بالنسبة للأحكام الصادرة لغير المسلمين؟

يتعين التفرقة فى هذا الشأن بين مرحلتين :

المرحلة الأولى : وهى الفترة السابقة على العمل بالقانون رقم ٢٦٤ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية.

ففى هذه المرحلة كان تنفيذ أحكام النفقات بالحبس جائزاً فى الأحكام التى تصدر من المحاكم الشرعية فقط.

وهذه المحاكم كانت تقضى فى قضايا المسلمين ، وقضايا غير المسلمين غير متحدى المذهب، أو متحدى المذهب ولم تكن لهم جهة قضائية معترف

بها تفصل فى أحوالهم الشخصية ، وفى قضايا غير المسلمين متحدى المذهب الذى يقبلون التقاضى أمامها [١] .

وعلى ذلك ، لم يكن من الجائز تنفيذ الأحكام الصادرة لغير المسلمين متحدى المذهب ولهم جهة قضائية معترف بها ، إلا إذا قبلوا التقاضى أمام المحاكم الشرعية ، وصدر الحكم من هذه المحاكم [٢] .

---

(١) فقد جاء بمنشور الحقانية (العدل) رقم ٢٤ فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٢ أنه: قضى منشور الوزارة رقم ٤ سنة ١٩٢٣ الخاص بتعيين الجهة المختصة بنظر دعاوى الأحوال الشخصية بين غير المسلمين من رعايا الحكومة المحلية- والمنشور رقم ١٣ لسنة ١٩٣١ المكمل له بأنه فى غير دعاوى الميراث إذا اتحد مذهب الخصوم وكانت لهم جهة قضائية معترف بها تفصل فى أحوالهم الشخصية كانت المحاكم الشرعية غير مختصة بنظر قضاياهم سواء أكانوا تابعين لإحدى الطوائف الثلاث المبينة بالمنشور الصادر فى ٢١ يونية سنة ١٩١٤ ، أم غير تابعين وعليها أن تقرر عدم الاختصاص متى دفع أمامها بذلك.

أما إذا اتحد مذهب الخصوم ولم يكن لهم مجلس مختص فإن المحاكم الشرعية تكون مختصة بالفصل فى قضاياهم الشخصية لعدم وجود جهة قضائية أخرى للفصل فيها بينهم ويكون الدفع بعدم الاختصاص فى هذه الحالة غير مقبول وقد تبين أن بعض المحاكم لم يراع تطبيق هذه المبادئ المقررة فى الاختصاص وترتب على ذلك تضارب فى الأحكام بين الجهات القضائية المختلفة فترى الوزارة لفت نظر المحاكم إلى مراعاة ذلك بالدقة فى هذه القضايا.

(٢) وتطبيقاً لذلك : أخذ رأى وزارة الحقانية (العدل) فى تنفيذ حكم حبس صادر من محكمة بنها الشرعية ضد إسرائيلى نظير النفقة المقررة عليه لزوجته الإسرائيلية فأفادت الوزارة بأن المحكمة الشرعية مختصة بنظر قضايا الإسرائيليين متى اتفق الطرفان على التقاضى أمامها وغير مختصة إذا دفع المدعى عليه بعدم الاختصاص (كتاب الوزارة لوزارة الداخلية فى ١٩٢١/٨/٢٨ رقم ٤٩٩٤).

وجاء بمنشور الحقانية رقم ١٢ فى ١٩٢٩/٤/١٣ بأنه : لاحظت الوزارة أن بعض المحاكم الشرعية يقبل الدفع بعدم الاختصاص بسبب اتحاد مذهب الخصوم غير المسلمين فى قضايا الحبس وترى الوزارة أن قضايا الحبس طريق للتنفيذ تختص به المحكمة الشرعية التى فى دائرتها محل إقامة المدعى عليه وأن هذه القضايا ليست محلاً للنزاع فى الاختصاص بعد صدور حكم النفقة بناء على رضا الخصوم بقضاء المحكمة الشرعية أو ظهور أنها صاحبة الاختصاص لهذا توجه نظر المحاكم إلى أن الدفع بعدم الاختصاص فى قضايا الحبس غير مقبول فى هذه الأحوال إذا كان سببه ما ذكر.

المرحلة الثانية : وهى الفترة اللاحقة للعمل بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والملية.

فقد ألغى هذا القانون المحاكم الشرعية والملية (م١)، وأصبحت قضايا الأحوال الشخصية للمسلمين وغيرهم تنظر أمام دوائر جزئية وابتدائية واستئنافية تشكل بالمحاكم الوطنية طبقاً لقانون السلطة القضائية (م٤).

ثم نصت المادة الخامسة من القانون على أن : تتبع أحكام قانون المرافعات فى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس الملية عدا الأحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين المكملة لها، وهذا النص جعل لائحة ترتيب المحاكم الشرعية هى الأصل فى الإجراءات التى تتبع فى قضايا الأحوال الشخصية بالنسبة للمسلمين وغيرهم ، ولما كان الحبس المنصوص عليه فى المادة ٣٤٧ من اللائحة إجراء من إجراءات التنفيذ- كما سنرى تفصيلا- فإن أحكامه تسرى على المسلمين وغيرهم . وهذا ما يجعل تطبيق المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات التى نصت على جريمة هجر العائلة عاماً بالنسبة للمسلمين وغيرهم(١) .

وقد استمر هذا الوضع بعد صدور القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية إذ نصت المادة الثالثة من قانون إصداره على أن : « تصدر الأحكام طبقا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها ، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص فى تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبى حنيفة.

---

(١) من هذا الرأى الدكتور أحمد سلامة ص٢٠- محكمة الاسكندرية الجزئية فى ١٩٦٥/١/٢٦ فى الدعوى رقم ٩ لسنة ١٩٦٤ ملى جزئى .

ومع ذلك تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بين المصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة الذين كانت لهم جهات قضائية ملية منظمة حتى ٣١ ديسمبر ١٩٥٥ – طبقا لشريعتهم – فيما لايخالف النظام العام» .

٢٢٤- طبيعة الحكم الصادر في دعوي الحبس :

دعوى الحبس لعدم أداء النفقة المقضى بها نهائياً ، ليست كسائر الدعاوى التى تقام للمطالبة بحق معين بل هى مجرد إجراء من إجراءات التنفيذ يراد بها تحقيق أثر الأحكام الصادرة فى دعاوى النفقات، أخذ فيه الشارع بفكرة الإكراه البدنى كوسيلة من وسائل التنفيذ الجبرى لإجبار المدين المماطل على الوفاء بالحكم الصادر بالنفقة، وقد خص الشارع بها مواد النفقات لتعلقها بضرورات الحياة ومقوماتها ، إلا أن المشرع أوجب أن يصدر بهذا الإجراء حكم من المحكمة التى يعرض عليها النزاع، إذا ما تحقق لديها امتناع المحكوم عليه عن أداء النفقة رغم يساره وأمره بالوفاء بها. و على ذلك فإن الحبس المنصوص عليها بالمادة ٧٦ مكررا ليس عقوبة جنائية.

ويؤيد هذا النظر أن المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الملغاة المقابلة للمادة ٧٦ مكررا من القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠ وردت فى الكتاب الخامس من اللائحة تحت عنوان (فى تنفيذ الأحكام)، كما نصت المادتان صراحة على أن الالتجاء إلى دعوى الحبس فى تنفيذ النفقة لايمنع من تنفيذها بالطرق الاعتيادية ، وأنه إذا أدى المحكوم عليه ما حكم به أو أحضر كفيلاً يقبله الصادر لصالحه الحكم فإنه يخلى سبيله.

وقد فوض المشرع وزير الحقانية (العدل الآن) فى المادة ٣٨١ من اللائحة الملغاة فى وضع اللوائح والضوابط التى تجب مراعاتها فى تنفيذ أحكام المحاكم الشرعية ، وقد صدر تنفيذاً للنص المقابل فى اللائحة السابقة عليها العديد من المنشورات التى تحدد الإجراءات الواجب اتباعها فى رفع دعوى الحبس وسير الدعوى والحكم فيها، وقد عرضنا لها جميعاً فيما تقدم ، مما يدل على أن دعوى الحبس من إجراءات التنفيذ، وإلا ما صدرت هذه المنشورات بصددها . ويحكم فى دعوى الحبس بمقتضى اليمين والنكول إذا عجز المدعى عن الإثبات وطلب اليمين ، وهذا ما لا يحدث فى الدعاوى الجنائية.

ولايترتب على الحكم بالحبس بالتطبيق للمادة ٧٦ مكررا، الآثار التى يرتبها القانون على العقوبة كأحكام العود وخلافه.

أو القول بأن المادة المذكورة تتضمن القضاء بعقوبة جنائية إلى جانب المادة ٢٩٣ عقوبات التى تتضمن جريمة هجر العائلة مما يؤدى إلى مجافاة مبدأ تفريد العقاب.

وعلى هذا الرأى سار أغلب الفقه[1] ، كما أخذت به المحكمة العليا فى قضائها الصادر بتاريخ ١٩٧٤/٦/٢٩ فى الدعوى رقم واحد لسنة ٥٠ قضائية عليا (دستورية) (الحكم منشور ببند ٢٠١).

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف - القضاء المستعجل - طبعة ثالثة ١٩٦٨ ص ٥٠٣- الدكتور أحمد مليجي فى مؤلفه حبس المدين فى الديون المدنية والتجارية- ص١٤٠- الدكتور أحمد سلامة ص٦٤٧- كمال البنا فى مرافعات الأحوال الشخصية ص ١٢١- وفى هذا المعنى المستشار عز الدين الدناصورى والأستاذ حامد عكاز فى القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ ١٩٨٦ص ٧٩٧.

وقارن رأياً آخر يذهب إلى أن الحكم بالحبس فى دين النفقة هو حكم صادر بعقوبة أو بجزاء جنائى لابوسيلة تنفيذ، وقد استند هذا الرأى إلى ما يأتى : =

١- أن تشريع المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية قد استقى من الشريعة الاسلامية (فقه الامام أبى حنيفة) ، ومن ثم ينبغى الرجوع فى تكييفه إلى ما استقر عليه رأى الإمام أبى حنيفة الذى لاريب قد اعتبر حبس المدين من قبيل التعزيرات جزاء ظلم المدين المماطل.

٢- أن الحبس وفقاً للمادة ٣٤٧ المذكورة يصدر بحكم وفيه معنى الإيلام، وقد قصد به مصلحة المجتمع بصفة عامة وهو عدم امتناع كل محكوم عليه بنفقة عن أدائها مع القدرة عليه كما أن تنفيذ حكم الحبس لايبرئ ذمة المدين من دين النفقة الذى يجوز تنفيذه بالطرق الاعتيادية لتنفيذ الديون، ومؤدى ذلك استقلال الحكم بالحبس فى هذه الحالة كجزاء جنائى عن الحكم بالنفقة. ولذلك تتوافر فى الحبس لدين النفقة صفات العقوبة.

(أ) فقد نص فى القانون على هذا الجزاء بنص تشريعى هو المادة ٣٤٧ من اللائحة وليس بلازم لكى يكتسب الجزاء صفة العقوبة أن يكون وارداً فى قانون العقوبات .

(ب) ولأن الحبس لدين النفقة يصدر بحكم من المحكمة المختصة وبذلك يتميز عن الإكراه البدنى كوسيلة للتنفيذ فى الأحكام الجنائية فالتنفيذ بطريق الإكراه البدنى لايصدر بحكم من القاضى وإنما تأمر به الجهة المنوط بها التنفيذ وهى النيابة العامة.

(جـ) ولأنه يصدر من محكمة مختصة قانوناً بإصداره وهى محكمة الأحوال الشخصية. وليس بلازم أن يصدر الحكم بالعقوبة من المحكمة الجنائية لأن صفة العقوبة لاتتوقف على نوع المحكمة التى تصدرها وإنما العبرة بطبيعة الحكم بالعقوبة.

٣- أن الحبس لدين النفقة من طبيعة العقوبة المنصوص عليها فى المادة ٢٩٣ عقوبات، إذ نصت المادة الثانية من القانون ٩٢ سنة ١٩٣٧ على أنه: « إذا نفذ بالإكراه البدنى « الحبس لدين النفقة» على شخص وفقاً لحكم المادة ٣٤٧ ثم حكم عليه بسبب الواقعة نفسها بعقوبة الحبس تطبيقاً للمادة ٢٩٣ عقوبات استنزلت مدة الإكراه البدنى الأولى من مدة الحبس المحكوم بها فإذا حكم عليه بالغرامة خفضت عند التنفيذ بمقدار عشرة قروش عن كل يوم من أيام الإكراه البدنى الذى سبق إنفاذه فيه».

٤- أن الحكم بالحبس لدين النفقة حكم قضائى صادر فى دعوى تتضمن خصومة موضوعها ظلم المحكوم عليه بالنفقة الممتنع عن ادائها مع قدرته عليه (الأستاذ فتحى عبد الصبور- البحث المشار إليه ص ٩٠٤ وما بعدها ومستعجل جزئى طنطا فى الدعوى ٣١٧ سنة ١٩٥٩ المشار إليه بالبحث ص ٩٠٤ هامش ٢).

٢٢٥- عدم السير في الإجراءات المنصوص عليها في المادة (٢٩٣) عقوبات إلابعد استنفاذ الإجراءات المنصوص عليها بالفقرة الأولي من المادة (٧٦ مكررا) المضافة إلي القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ :

تنص الفقرة الثالثة من المادة ٧٦ مكررا على أنه لايجوز فى الأحوال التى تطبق فيها هذه المادة السير فى الإجراءات المنصوص عليها فى المادة (٢٩٣) من قانون العقوبات مالم يكن المحكوم له قد استنفد الإجراءات المشار إليها فى الفقرة الأولى. ومعنى ذلك أنه يجب رفع دعوى الحبس أمام المحكمة الجزئية المختصة والتريث حتى يصدر حكم فيها، حتى يمكن السير فى الإجراءات المنصوص عليها فى المادة ٢٩٣ عقوبات التى تنص على جريمة هجر العائلة. وقد ورد النص على هذا الحكم أيضا فى المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٣٧ .

(أنظر فى التفصيل بند ٢٣٤)

٢٢٦- عدم جواز الطعن في الحكم الصادر في دعوي الحبس :

ينبنى على كون الحكم الصادر فى دعوى الحبس ليس حكماً كسائر الأحكام وإنما هو إجراء من إجراءات التنفيذ، أنه لايجوز الطعن فيه سواء بالمعارضة (١) أو الاستئناف.

وعلى هذا نص صراحة البند (٩) المضاف إلى المادة ٩ (أولا) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بالقانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠ إذ جرى على أن : «دعاوى الحبس لامتناع المحكوم عليه عن تنفيذ أحكام النفقات وما فى حكمها ويكون الحكم فى ذلك نهائيا» .

وقبل صدور القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠ كان يعمل بتعليمات الحبس الصادرة بمنشور الحقانية رقم ٨٦٣ فى ١٩١١/٢/١٢ فقد جاء بالبند (تاسعا) منه ما يأتى : « على المحكمة فى كل الأحوال أن تصدر قراراً بما تراه مبنياً على الأسباب التى تؤيده.

---

(١) قبل إلغاء المعارضة بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠.

ولايصح الطعن فى ذلك القرار بمعارضة أو استئناف أو التماس».

وينسحب هذا الحكم على الأحكام الصادرة فى الاختصاص أو فى الإحالة على محكمة أخرى فى دعاوى الحبس[١] .

ولذلك كان لايوجد ثمة مبرر- فى ظل لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الملغاة لوصف الحكم فى منطوقه بأنه حضورى أو غيابى أو حضورى اعتبارى.

٢٢٦ مكررا- حالة التنفيذ علي الشخص بالإكراه البدني ثم معاقبته بالحبس طبقاً للمادة ٣٩٣ عقوبات :

تنص الفقرة الثالثة من المادة ٧٦ مكررا على أنه إذا نفذ بالإكراه البدنى على شخص وفقا لحكم هذه المادة ، ثم حكمت عليه بسبب الواقعة ذاتها بعقوبة الحبس طبقا للمادة (٢٩٣) من قانون العقوبات، استنزلت مدة الإكراه البدنى الأولى من مدة الحبس المحكوم بها، فإذا حكم عليه بغرامة خفضت عند التنفيذ بمقدار خمسة جنيهات عن كل يوم من أيام الإكراه البدنى الذى سبق إنفاذه عليه.

وقد ورد هذا الحكم أيضا فى المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٣٧ غير أن المادة ٧٦ مكررا رفعت مبلغ الغرامة التى تخفض من عشرة قروش عن كل يوم من أيام الإكراه البدنى إلى خمسة جنيهات وذلك تمشيا مع التعديل الذى أدخله القانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ بتعديل قانون الإجراءات الجنائية وقانون العقوبات (م٤).

---

(١) من هذا الرأى المستشار أنور العمروسى ص ٦٨١- وعكس ذلك كمال البنا ص ١٢٣.

٢٢٧- الجهة المختصة بتنفيذ حكم الحبس :

تنص المادة ٦٩ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ على أن : « يجرى التنفيذ بمعرفة المحضرين أو جهة الإدارة.

ويصدر وزير العدل قرارا بإجراءات تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو رؤيته أو سكناه ومن يناط به ذلك» .

فالفقرة الأولى من المادة جعلت التنفيذ إما بمعرفة المحضرين أو جهة الإدارة فيكون اختيار أحد الطريقين جائزا.

وكانت المادة ٣٤٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الواردة فى الكتاب الرابع الخاص بتنفيذ الأحكام تنص على أن :

« يحصل التنفيذ بمعرفة جهات الإدارة أو من تعينه وزارة الحقانية لذلك وهم ملزمون بإجرائه بناء على طلب الخصم الذى يسلهم الحكم الواجب التنفيذ» .

وقد جاء بمنشور الحقانية رقم ١٦ فى ١٥ مايو سنة ١٩١٥ أنه : يقوم المحضرون بصفة عامة بتنفيذ الأحكام الشرعية القاضية بإلزام المحكوم عليهم بدفع مبالغ كأحكام النفقات وأجرة الحضانة والرضاع والمسكن ومؤخر الصداق والجهاز إلى غير ذلك مما يمكن تنفيذه على أموال المحكوم عليه.

أما الأحكام التى يطلب تنفيذها على الأشخاص كأحكام الطاعة والحبس والحضانة وما ما ثلها فى فتنفيذها من اختصاص جهة الإدارة.. الخ.

وعلى ذلك فإن تنفيذ الأحكام الصادرة بالحبس يكون من اختصاص جهة الإدارة أى الشرطة.

ويعمل بهذا المنشور فى ظل النص الحالى.

٢٢٨- أحكام الحبس لاتنفذ إلا بناء علي طلب المحكوم له :

جاد بأمر وزارة الحقانية لمحكمة قنا الشرعية فى أول يولية ١٩١٤ رقم ٤٦٦٤ أنه :

علمت الوزارة أن محكمة دشا تحيل أحكام الحبس بعد تسجيلها على الإدارة لتنفيذها وحيث أن تنفيذ الأحكام إنما يكون بناء على طلب يحرره أصحاب الشأن فى استمارة خاصة ولايجوز تنفيذ حكم بغير طلب المحكوم له لذلك رأت الوزارة إلفات هذه المحكمة إلى عدم إحالة أحكام الحبس على الإدارة لتنفيذها إلا إذا طلبت المحكوم لها ذلك وحررت طلبها على استمارة خاصة وفى هذه الحالة تحيل المحكمة ذلك الطلب على جهة الإدارة إحالة بسيطة.

٢٢٩- إجراءات تنفيذ الحكم الصادر بالحبس :

نظم إجراءات تنفيذ جهة الإدارة للحكم الصادر بالحبس تعليمات الحبس الصادرة بمنشور الحقانية رقم ٨٦٣ فى ١٩١١/١٢/١٢ وكذلك المنشور رقم ٣ فى ٢٣ يناير ١٩٢٨ ، وتخلص هذه الإجراءات فيما يأتى :

١ – على المنوط بالتنفيذ عند القبض على المحكوم عليه أن يطب منه أولاً دفع المبالغ المحكوم بها فإن دفعها أخلى سبيله وتسلم المبالغ إلى الطالب بإيصال يعطى للمحكوم عليه ويؤشر بذلك على الحكم الصادر بالحبس وإن قدم كفيلاً واعتمده الطالب أخلى سبيله أيضاً بعد أن يؤخذ على الكفيل تعهد كتابى على أن يضمن المحكوم عليه بالتضامن فى تنفيذ الحكم الصادر عليه ودفع جميع المبالغ المحكوم بها ويصدق على الإمضاء بمعرفة المنوط بالتنفيذ ثم يسلم الحكم إلى المحكوم له (بند خامس عشر من التعليمات).

٢ – إذا حصل نزاع فى اقتدار الكفيل يرفع الأمر إلى المحكمة (قاضى التنفيذ الآن) وعليها أن تتحقق من كفاءته ومتى ثبت لها أنه مقتدر تأخذ

عليه تعهداً كتابياً بالصفة المبينة بالفقرة الثانية من الوجه الخامس، وهى أن يضمن المحكوم عليه بالتضامن فى تنفيذ الحكم الصادر عليه ودفع جميع المبالغ المحكوم بها ثم تقرر إيقاف إجراءات الحبس وتؤشر بمضمونه على الحكم الذى يسلم إلى المحكوم له (بند سادس عشر من التعليمات).

٣- إذا ادعى المحكوم عليه عند القبض عليه براءة ذمته من الدين المطلوب وصادقه الطالب أوقف التنفيذ سواء أقدم المحكوم عليه أوراقاً تثبت البراءة أم لا.

وإذا قدم أوراقاً رسمية أو غير رسمية ولم يصادقه الطالب يرفع الأمر إلى المحكمة الكائن بدائرتها محل القبض (قاضى التنفيذ الآن) لتقرر ايقاف التنفيذ أو عدمه (بند سابع عشر من التعليمات).

وإذا لم يقدم المحكوم عليه أوراقاً تثبت دعواه فلا يوقف تنفيذ الحكم إلا بدفع المبلغ أو تقديم كفيل مقتدر به أو الإذن بصرفه إلى المحكوم له بدون شرط إن كان قد سبق إيداعه على ذمته بإحدى خزائن الحكومة (المنشور رقم ٣ فى ٢٣ يناير ١٩٢٨).

٤- إذا رفع للمحكمة (قاضى التنفيذ الآن) إشكال فى التنفيذ لوجود أوراق تثبت دعوى البراءة فإن كانت رسمية ودالة على البراءة قررت وقف التنفيذ ولو طعن المحكوم له فيها وإن لم تكن دالة على البراءة قررت رفض الإشكال وإعادة الأوراق للتنفيذ وإن كانت غير رسمية وطعن فيها المحكوم له فلا تقرر المحكمة (قاضى التنفيذ الآن) وقف التنفيذ إلا إذاكانت هذه الأوراق على فرض صحتها تدل على البراءة وكان المبلغ المطلوب مودعاً على ذمة المحكوم له فى إحدى خزائن الحكومة أو قدم المحكوم عليه بالحبس كفيلاً مقتدراً على أنه إذا لم يرفع المحكوم عليه دعوى البراءة فى مدة خمسة عشر يوماً من اليوم التالى لتاريخ الفصل فى الإشكال بوقف التنفيذ يصرف المبلغ المودع للمحكوم له (منشور الحقانية رقم ٣ فى ٢٣ يناير ١٩٢٨).

٥- إذا قدم المحكوم عليه المبلغ المطلوب التنفيذ به أو المحكوم بالحبس من أجله وقت النظر فى الإشكال لإيداعه على ذمة المحكوم له يقبل منه ذلك ويكون حكمه كحكم ما لو أودع قبل الجلسة ولايقبل منه طلب التأجيل للإيداع (منشور الحقانية رقم ٣ فى ٢٣ يناير ١٩٢٨).

٦- يفرج عن المحكوم عليه حالاً متى سدد المبالغ المحبوس من أجلها أو قدم كفيلاً مقتدراً أو طلب المحكوم له الإفراج عنه أو ألغى الحكم الصادر بالنفقة أو صدر حكم آخر بإسقاطها (بند ثامن عشر من التعليمات).

وواضح مما تقدم أن مهمة رجل الإدارة الذى يقوم بتنفيذ حكم الحبس هى مهمة المحضر فعليه أن يحرر محضراً يثبت فيه أوراق التنفيذ المقدمة إليه واعتراض المحكوم ضده على التنفيذ وما قدمه له من أوراق بشأنه وأنه أوقف التنفيذ لتوافر الشروط الواردة بالمنشور أو أنه نفذ الحكم لعدم توافر تلك الشروط ويحدد جلسة لنظر الإشكال ثم ترسل الأوراق جميعها إلى قاضى التنفيذ المختص ليصدر حكمه فى الإشكال[١] .

٢٣٠- وفاء المحكوم عليه بجزء من المبلغ المحكوم بالحبس من أجله لايحول دون تنفيذ الحكم الصادر بالحبس:

وقد أوضح ذلك أمر الحقانية الصادر فى ١٩٣٣/١/٢٥ والذى جاء به :

رداً على الكتاب رقم ١٥٢٠ بشأن استعلام مديرية الجيزة عما يتبع فى تنفيذ حكم الحبس بعد استلام المحكوم لها جزءاً من المبلغ المحكوم بالحبس

(١)الدناصورى وعكار ص ٨٠١.

من أجله وطلبها التنفيذ على المحكوم عليه بالباقى منه. تفيذ الوزارة بأن دفع بعض المبلغ لا يترتب عليه رفع العقوبة بمقدار ما يقابله من المدة المحكوم بها إذا العقوبة لاتتجزأ بنـاء على ذلك فالحكم واجب التنفيذ بكل المدة المحكوم بها إلى أن يدفع المحكوم عليه جميع المبلغ الذى حكم بالحبس من أجله.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة الزقازيق الجزئية بتاريخ ١٩٢٨/١٠/٢٧ في الدعوي رقم ٣٦٠ لسنة ١٩٣٧ بأن :

« الحبس بسبب الامتناع عن دفع النفقات ونحوها ليس عوضاً عن المبلغ المحكوم بالحبس من أجله وإنما جعل للحمل على التسديد والردع عن المطل، ولايلزم قياس مدة الحبس بمقدار المبلغ للقاضى حبس المماطل المدة التى يراها كافية لحمله على الامتثال فلا وجه للاستشكال فى تنفيذ حكم الحبس بتسديد بعض المبلغ المحكوم بالحبس من أجله».

٢٣١- تنفيذ حكم النفقة علي الكفيل :

إذا قـدم المحكوم عليـه بالحبـس كـفيلاً مقـتدراً وأخلى سبيله وامتنـع الكفيل عن دفع النفقة فينفـذ حكـم النفقة على أمـوال الكفيل عنـد عـدم دفعها عن المحكوم عليه متـى كـانت الكفالـة صـادرة منه أمام موظف رسمى .

(منشور الحقانية فى ١٦ مارس سنة ١٩١٢)

٢٣٢- المحكمة المختصة بنظر إشكالات التنفيذ:

كان ينظم إشكالات التنفيذ ويحدد المحكمة المختصة بنظرها المادتان ٣٥١، ٣٥٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (الملغاة) الواردتان في الباب الثانى من الكتاب الرابع (فى الإشكال فى التنفيذ)، وقد ألغيت المادتان المذكورتان- قبل إلغاء اللائحة- بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، وأصبحت إشكالات التنفيذ فى الأحكام الصادرة فى مواد الأحوال الشخصية ومنها الحبس خاضعة للقواعد العامة المنصوص عليها فى قانون المرافعات، وقد نصت المادة ٢٧٥ من القانون الأخير على أن: « يختص قاضى التنفيذ دون غيره بالفصل فى جميع منازعات التنفيذ الموضوعية والوقتية أياً كانت قيمتها، كما يختص بإصدار القرارات والأوامر المتعلقة بالتنفيذ.

ويفصل قاضى التنفيذ فى منازعات التنفيذ الوقتية بصفته قاضياً للأمور المستعجلة» ولم يتغير هذا الوضع بصدور القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠ الذى لم يتضمن أحكاما خاصة بالإشكالات فى التنفيذ فى أحكام الحبس.

ومن ثم فإن قاضى التنفيذ هو الذى يختص الآن بنظر إشكالات التنفيذ الوقتية والموضوعية التى ترفع عن الأحكام الصادرة فى دعاوى الحبس[1].

---

(١) قارن المستشار عز الدين الدناصورى والأستاذ حامد عكاز فى التعليق على القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ ص ١٩١ وما بعدها فيريان أن المحكمة الجنائية هى المختصة بنظر الإشكال.

جـريمة هجـر العائلـة

٢٣٣- النصوص القانونية :

المادة ٢٩٣ عقوبات :

« كل من صدر عليه حكم قضائى واجب النفاذ بدفع نفقة لزوجه أو أقاربه أو أصهاره أو أجرة حضانة أو رضاعة أو مسكن وامتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور بعد التنبيه عليه بالدفع يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على سنة وبغرامة لاتتجاوز خمسمائة جنيه مصرى أو بإحدى هاتين العقوبتين . ولاترفع الدعوى عليه إلا بناء على شكوى من صاحب الشأن. وإذا رفعت بعد الحكم عليه دعوى ثانية عن هذه الجريمة فتكون عقوبته الحبس مدة لاتزيد على سنة. وفى جميع الأحوال إذا أدى المحكوم عليه ما تجمد فى ذمته أو قدم كفيلاً يقبله صاحب الشأن فلاتنفذ العقوبة »[(١)] .

المادة الأولي من المرسوم بقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٣٧

« لايجوز فى الأحوال التى تطبق فيها المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية السير فى الإجراءات المنصوص عليها فى المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات مالم يكن المحكوم له بالنفقة قد استنفذ الإجراءات المشار إليها فى المادة ٣٤٧ المذكورة» .

٢٣٤- إيضاحات للأحكام الواردة بالمادتين :

١- الحكم الذى يصدر تطبيقاً للمادة ٢٩٣ هو حكم صادر بعقوبة

---

(١) عدلت عقوبة الغرامة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ ، وكانت الغرامة قبل التعديل (لاتتجاوز مائة جنيه مصرى) .

جنائية ومن محكمة جنائية . ويحق للمجنى عليه أن يحرك الدعوى الجنائية بالطريق المباشر، كما يحق له إقامة الدعوى المدنية بطلب التعويض عما لحق به من أضرار أثناء نظر الدعوى الجنائية التى تحركها النيابة العامة بناء على شكوى من صاحب الشأن . كما أن الإشكال فى تنفيذ هذا الحكم يكون من اختصاص القاضى الجنائى.

وقد جاء بالمذكرة الايضاحية في شأن المادة ٢٩٣ عقوبات أنها مادة جديدة أضيفت للمعاقبة على جريمة هجر العائلة وهى جريمة تعاقب عليها القوانين الحديثة كالفرنسي والإيطالى والبلچيكى.

٢- يشترط لإعمال هذا النص أن يصدر حكم قضائى واجب النفاذ بدفع نفقة للزوجة أو الأقارب أو الأصهار أو أجرة حضانة أو رضاعة أو مسكن وأن يمتنع المحكوم عليه عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة أشهر بعد التنبيه عليه بالدفع.

والمادة لاتشترط أن يكون الحكم الصادر بالنفقة أو أجرة الحضانة أو الرضاعة أو المسكن نهائياً، فقد اقتصرت على اشتراط أن يكون الحكم واجب النفاذ، والمقرر طبقا للمادة ٦٥ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ أن الأحكام والقرارات الصادرة بالنفقات أو الأجور أو المصروفات وما فى حكمها تكون واجبة النفاذ بقوة القانون وبلا كفالة.

ويشترط أن يسبق رفع الدعوى التنبيه على المحكوم ضده بالدفع وأن يمضى على ذلك ثلاثة أشهر.

ولم يحدد النص الطريقة التى يتم بها التنبيه ، ومن ثم فإنه يتم بأى طريقة تكفل وصول التنبيه إلى المحكوم ضده، فيصح أن يكون بإعلان على يد محضر

أو بخطاب مسجل أو شفويا من عضو النيابة إن كان المحكوم ضده بالنفقة حاضرا عند المحضر المحرر عن الواقعة أو التحقيق فيها على أن يثبته في الأوراق[١] .

ويجب لإدانة المحكوم ضده أن يكون قادرا على الدفع، وتثبت القدرة على الدفع إما بالمستندات الدالة على ذلك أو بشهادة الشهود.

٣- كان مقتضى توافر ركني الجريمة سالفى الذكر توقيع العقوبة على المحكوم عليه ولو كانت دعوى الحبس التى رفعت أمام محكمة الأحوال الشخصية لم يفصل فيها بعد طبقاً للمادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (قبل إلغائها)- والتى حلت محلها المادة ٧٦ مكررا مما حدا بالمشرع إلى المسارعة بإصدار القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٣٧ الذى قضى فى مادته الأولى بعدم جواز السير فى إجراءات المحاكمة وفقاً للمادة ٢٩٣ عقوبات مالم يكن المحكوم له بالنفقة قد استنفذ إجراءات المادة ٣٤٧ المذكورة باللجوء إلى محكمة الأحوال الشخصية ورفع دعوى الحبس لدين النفقة، وبذلك رفع المشرع التعارض الذى بدا قائماً بين نص المادة ٢٩٣ عقوبات والمادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . ويعتبر هذا الشرط متصلاً بصحة تحريك الدعوى الجنائية وسلامة اتصال المحكمة بها ويتعين على المحكمة من تلقاء نفسها- ولو لم يدفع به أمامها- أن تعرض له للتأكد من أن الدعوى مقبولة أمامها ولم ترفع قبل الأوان.

وقد نصت المادة (٧٦ مكررا) المضافة بالقانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠- كما رأينا- على ذات الحكم الوارد بالمادة الأولى من المرسوم بقانون سالف الذكر.

٤- لاترفع الدعوى قبل المحكوم عليه إلا بناء على شكوى من صاحب الشأن، وقد روعى فى هذا الحكم أن الجريمة مما يمس نظام الأسرة ويؤثر فى

---

(١) الكتاب الدورى رقم ٤ لسنة ٢٠٠٠ الصادر من السيد النائب العام

الروابط العـائليـة ، وقـد يرى المحكوم له أن من الأوفق عـدم رفع الدعـوى الجنائية، ويترتـب على ذلك أن يكون لصاحـب الشأن بعد تبليغه عن الجريمة أن يعدل عن بلاغه ويتنازل عن شكواه فى أية حـالة كانت عليـها الدعوى مـادام لم تنتـه بحكـم نهـائى، ويتـرتب على هذا التنازل سقـوط الدعـوى العمومية.

٥- أتاح الشـارع للمـحكوم عليـه التـخلص من العـقـوبة فـقـضى بعـدم تنفيذها إذا أدى ما تجمد فى ذمته أو قدم كفيلاً يقبله صاحب الشأن .

٦- شـدد الشـارع العقـوبة فى حالة العود، فنص على أنه إذا رفعت على المحكوم عليه دعوى ثانية عن هذه الجريمة بعد الحكم عليه فى جريمة سابقة تكون العقوبة الحبس.

٧- نصت المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٣٧ على أنه إذا نفـذ بالإكـراه البدنى على شخص وفقاً لحكـم المادة ٣٤٧ (من اللائحة الملغـاة) ثم حكم عليه بسبب الواقعة نفسها بعقـوبة الحبس تطبيقاً للمـادة ٢٩٣ عقوبات استنزلت مدة الإكراه البدنى الأولى من مدة الحبس المحكوم بها فإذا حكم عليه بالغرامة خفضت عند التنفيذ بمقدار عشرة قروش عن كل يوم من أيـام الإكراه البدنى الذى سبق إنفاذه فيه.

وقد تضـمنت المادة (٧٦ مكررا) من القانون رقـم ٩١ لسنة ٢٠٠٠ ذات الحكـم السابق ، غير أنها رفعت المبلغ الذى تخفض إليه الغرامة إلى خمسة جنيهات عن كل يوم من أيام الإكراه البدنى الذى سبق إنفاذه وقد جاء ذلك تمشيـا مع التـعديل الوارد بالقـانون رقـم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ بتـعديل قانون الإجراءات الجنائية وقانون العقوبات.

وقد قضت محكمة النقض *(الدائرة الجنائية)* - في صدد هذه *الجريمة* - بتاريخ ١٩٧٣/١٢/٣ في *الطعن* رقم ٧٧٢ لسنة ٤٣ قضائية بأن:

«.. لما كان ذلك، وكانت المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات تنص على أن: «كل من صدر عليه حكم قضائي واجب النفاذ بدفع نفقة لزوجة أو... وامتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور بعد التنبيه عليه بالدفع يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصرى أو باحدى هاتين العقوبتين..» وجرى نص المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أنه: «إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم الصادر فى النفقات أو ... يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التى أصدرت الحكم أو التى بدائرتها محل التنفيذ ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به وأمرته ولم يمتثل حكمت بحبسه ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس على ثلاثين يوماً، أما إذا أدى المحكوم عليه ما حكم به أو أحضر كفيلاً فانه يخلى سبيله...»، وكان الشارع قد أصدر – حسماً للخلاف الذى أثير حول نطاق تطبيق المادتين سالفتى الذكر– المرسوم بقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٣٧ ونص فى مادته الأولى على أنه: «لا يجوز فى الأحوال التى تطبق فيها المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية السير فى الاجراءات المنصوص عليها فى المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات ما لم يكن المحكوم له بالنفقة أو... قد استنفذ الاجراءات المشار إليها فى المادة ٣٤٧ المذكورة» . بما مفاده أن المشرع أقام شرطاً جديداً على رفع الدعوى الجنائية طبقاً لنص المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات، بالاضافة إلى الشروط الواردة بها أصلاً، بالنسبة للخاضعين فى مسائل النفقة لولاية المحاكم الشرعية – مقتضاه وجوب سبق التجاء الصادر له الحكم بالنفقة إلى قضاء هذه المحاكم (قضاء الأحوال الشخصية) واستنفاذ الاجراءات المنصوص عليها فى المادة ٣٤٧ من لائحة

ترتيبها. لما كان ذلك، وكان هذا الشرط متصلاً بصحة تحريك الدعوى الجنائية وسلامة اتصال المحكمة بها، فانه يتعين على المحكمة من تلقاء نفسها - ولو لم يدفع به أمامها - أن تعرض له للتأكد من أن الدعوى مقبولة أمامها ولم ترفع قبل الأوان. وكان الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه قد قصرت أسبابه عن استظهار تحقق المحكمة من سبق استنفاذ المدعية بالحقوق المدنية للاجراءات المشار إليها في المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية قبل اللجوء إليها، بل انساق إلى تقرير قانوني خاطئ هو أن لها دواماً الخيار بين قضاء الأحوال الشخصية والقضاء الجنائي. فانه فضلاً عن خطئه في تطبيق القانون يكون مشوباً بالقصور الذي يعيبه بما يوجب نقضه والاحالة بغير حاجة إلى بحث باقي أوجه الطعن»(١).

---

(١)وقد أصدر السيد النائب العام بخصوص جريمة هجر العائلة الكتاب الدوري رقم (٤) لسنة ٢٠٠٠ بعد إلغاء لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ والتي اشتملت على المادة ٣٤٧ التي نصت على الحبس في النفقات - ثم أصدر الكتاب الدوري رقم (١١) لسنة ٢٠٠٠ بعد إضافة المادة ٧٦ مكررا إلى القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بمقتضى القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠.

وننشر الكتابين الدوريين المذكورين فيما يلي:

(١)

كتاب دوري

رقم (٤) لسنة ٢٠٠٠

جمهورية مصر العربية

النيابة العامة

النائب العام المساعد لشئون التفتيش القضائي

ألغى قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، وقد ترتب على إلغاء المادة ٣٤٧ من اللائحة المذكورة والتى كانت تنظم إجراءات الحبس لدين النفقة أمام محاكم الأحوال الشخصية زوال الشرط المنصوص عليه فى المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٣٧ والذى علق فيه المشرع رفع الدعوى الجنائية فى جريمة هجر العائلة المشار إليها فى المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات على وجوب سبق التجاء الصادر له الحكم بالنفقة إلى قضاء محاكم الأحوال الشخصية واستنفاد الإجراءات المنصوص عليها فى المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيبها ، وبذلك أصبح رفع الدعوى الجنائية طبقاً لنص المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات غير مقيد إلا بالشروط الواردة بتلك المادة التى تنص على أنه : « كل من صدر عليه حكم قضائي واجب النفاذ بدفع نفقة لزوجه أو قاربه أو أصهاره أو أجرة حضانة أو رضاعة أو مسكن وامتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور بعد التنبيه عليه بالدفع يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على سنة وبغرامة لاتتجاوز خمسمائة جنيه مصرى أو بإحدى هاتين العقوبتين . ولا ترفع الدعوى عليه إلا بناء على شكوى من صاحب الشأن، وإذا رفعت بعد الحكم عليه دعوى ثانية عن هذه الجريمة فتكون العقوبة الحبس مدة لاتزيد على سنة.

وفى جميع الأحوال إذا أدى المحكوم عليه ما تجمد فى ذمته أو قدم كفيلاً يقبله صاحب الشأن فلا تنفذ العقوبة».

ويتضح من نص المادة سالفة البيان أنه يلزم لقيام جريمة هجر العائلة فى حق المتهم وتحريك الدعوى الجنائية فيها ضرورة توافر الأركان والشروط الآتية : =

(١) صدور حكم قضائي واجب النفاذ بدفع نفقة لزوجه أو أقاربه أو أصهاره أو أجرة حضانة أو رضاعة أو مسكن.

وتجدر الإشارة إلى أن الأحكام الصادرة من محاكم الأحوال الشخصية الجزئية بالنفقات وما فى حكمها وكذلك الصادرة من المحاكم الابتدائية أثناء سير الدعوى بتقرير نفقة وقتية أو تعديل ما عساها أن تكون قد قررته بالزيادة أو النقصان تكون واجبة النفاذ بقوة القانون وفقا لنص المادتين (٤/١٠) و (٦٥) من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية المشار إليه، كما أن مدلول حكم النفقة لايقتصر على الحكم الدى يقررها لأول مرة ، وإنما يشمل الحكم الصادر بزيادتها لما له من ذات الأثر.

(٢) امتناع المتهم عن دفع النفقة المحكوم بها مع قدرته عليه واستمرار ذلك الامتناع لمدة ثلاثة أشهر بعد التنبيه عليه بالدفع.

ويستوى فى قيام الجريمة أن يكون المتهم قد امتنع عن دفع كامل النفقة المحكوم بها أو جزء منها.

ويمكن إثبات قدرة المتهم على دفع النفقة بكافة طرق الإثبات ، ويمكن استخلاص ذلك من الأوراق والمستندات التى يقدمها صاحب الشأن أو من خلال تحريات الشرطة.

والتنبيه بالدفع اللازم لقيام الجريمة قد يكون شفوياً من عضو النيابة إن كان المحكوم عليه بالنفقة حاضراً عند عرض المحضر المحرر عن الواقعة أو التحقيق فيها على أن يثبته فى الأوراق ، أو عن طريق إعلان على يد محضر توجهه النيابة العامة مباشرة أو تكليف به صاحب الشأن وفقاً لأحكام قانون المرافعات.

ولايكفى لقيام الجريمة مجرد امتناع المدين عن الوفاء بدين النفقة، وإنما يجب أن يستمر هذا الامتناع من جانبه لمدة ثلاثة شهور من اليوم التالى لحصول التنبيه.

(٣) توفر القصد الجنائى العام القائم على العلم والإرادة المنصرفين إلى ارتكاب الجريمة.

(٤) قيام صاحب الشأن (المحكوم له بالنفقة) أو وكيله الخاص بالشكوى لرفع الدعوى الجنائية ضد المتهم (المحكوم عليه بالنفقة).

وقد نصت المادتان ٢٩٣ من قانون العقوبات و ٣ من قانون الإجراءات الجنائية على هذا القيد لما فى هذه الجريمة من مساس بنظام الأسرة وأثر فى الروابط العائلية، ويرجع فى شأن الأحكام المقررة للشكوى كقيد على رفع الدعوى الجنائية إلى ما استقر عليه قضاء محكمة النقض وفقه القانون الجنائى.

ولما كان ما تقدم ، وكان نص المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات يعد الوسيلة المباشرة لإجبار المحكوم عليهم على دفع النفقات المحكوم بها، ووضع حد لتعنتهم فى الامتناع عن دفعها خاصة بعد إلغاء المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والتى كانت تقرر الحبس عند الامتناع عن تنفيذ الأحكام الصادرة بالنفقات ابتغاء حمل المحكوم عليه بها على أدائها ، ومن ثم فإننا ندعو السادة أعضاء النيابة إلى مراعاة تطبيق ما سلف بيانه من أحكام بكل دقة واتباع ما يلى:

أولاً: يجب المبادرة إلى التصرف فيما يعرض على النيابة من قضايا الامتناع عن دفع النفقات المحكوم بها، والتأكد من استيفاء الأوراق لكافة أركان وعناصر قيام الجريمة المشار إليها فى المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات بالإضافة إلى قيام صاحب الشأن أو وكيله الخاص بتقديم شكوى لرفع الدعوى الجنائية عن هذه الجريمة، وعدم القيام بأى إجراء من إجراءات التحقيق قبل تقديم هذه الشكوى.

كما يجب عدم تعليق التصرف على نتيجة فصل محاكم الأحوال الشخصية فى دعاوى الحبس التى رفعت أمامها حال سريان المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية.

ثانياً: إذا عرضت على النيابة محاضر محررة عن وقائع الامتناع عن دفع النفقة المحكوم بها قبل انتهاء مدة الثلاثة أشهر التالية لحصول التنبيه بدفعها والتى يتوقف على مضيها قيام الجريمة، فيجب إبقاء هذه المحاضر بالنيابة مع قيدها بالدفتر المشار إليه فى البند تاسعاً من هذا الكتاب ، واستيفاء الأوراق عند مضى هذه المدة وذلك فى شأن ما تم بشأن دفع تلك النفقة، والتحقق من تقديم شكوى لرفع الدعوى الجنائية من صاحب الشأن أو وكيله الخاص، والتصرف فى الأوراق بعد ذلك على هذا الأساس.

ثالثا: إذا تنازل صاحب الشأن أو وكيله الخاص عن شكواه أو سقط حقه فيها بعدم تقديمها خلال الميعاد المقرر قانوناً ، يتعين على أعضاء النيابة حفظ الأوراق قطعياً أو التقرير فيها بأن لاوجه لإقامة الدعوى الجنائية لانقضائها بالتنازل أو لعدم جواز رفعها وفقاً لأسباب الحفظ المشار إليها فى المادة رقم ٨٠٥ من التعليمات القضائية للنيابة بحسب الأحوال.

وإذا كانت النيابة قد أمرت بإحالة الدعوى إلى المحكمة ولم يكن المتهم قد أعلن بالتكليف بالحضور فيتم العدول عن الإحالة - عند التنازل- والتصرف فى الأوراق بالحفظ لانقضاء الدعوى الجنائية بالتنازل عن الشكوى.

رابعا: يجب مراعاة تحديد جلسات قريبة لنظر قضايا الامتناع عن دفع النفقات المحكوم بها سواء تم رفع الدعوى الجنائية فيها بمعرفة النيابة العامة أو عن طريق الادعاء المباشر.

خامسا: على أعضاء النيابة أداء واجبهم فى جلسة المحاكمة بطلب الفصل فى الدعوى على وجه السرعة وتشديد العقاب على المتهم لإجباره على دفع النفقة المحكوم بها، كما يجب العناية بمراجعة وفحص الأحكام التى تصدر فى تلك القضايا والطعن- بطرق الطعن الجائزة- فيما يكون منها مخالفاً لأحكام القانون أو يصدر بعقوبات مخففة لاتتناسب وظروف وملابسات الدعاوى الصادرة فيها.

سادسا: تأمر النيابة العامة بوقف تنفيذ العقوبة المقضى بها ولو بعد صيرورة الحكم باتاً إذا أدى المحكوم عليه ما تجمد فى ذمته من نفقة أو قدم كفيلاً يقبله صاحب الشأن، ويتولى عضو النيابة القائم بإدارة النيابة فحص الأوراق والمستندات الدالة على دفع النفقة المحكوم بها والتحقق من صاحب الشأن أو وكيله الخاص من حصول الدفع أوقبول الكفيل الذى قدمه المتهم، ويأمر بوقف تنفيذ العقوبة المقضى بها والإفراج فورا عن المحكوم عليه المحبوس تنفيذا لتلك العقوبة.

سابعا: إذا كان قد سبق التنفيذ بالإكراه البدنى على المحكوم عليه وفقاً لحكم المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ثم حكم عليه بسبب الواقعة نفسها بعقوبة الحبس تطبيقاً للمادة ٢٩٣ من قانون العقوبات ، استنزلت مدة

الإكراه البدنى الأولى من مدة الحبس المحكوم به، فإذا حكم عليه بغرامة خفضت عند التنفيذ بمقدار خمسة جنيهات عن كل يوم من أيام الإكراه البدنى (المادة (٢) من المرسوم بقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٣٧ والمادة ٥٢٣ من قانون الإجراءات الجنائية المعدلة بالقانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨).

ثامنا: يجب تسهيل مهمة مندوبى بنك ناصر الاجتماعى وتمكينهم من الاطلاع على القضايا والأوراق للحصول منها على المعلومات التى تتعلق بواقعات الامتناع عن دفع النفقات المحكوم بها والتصرفات والأحكام التى صدرت فيها، والرد فوراً على مكاتبات إدارة البنك فى هذا الشأن وتقديم كل مساعدة ممكنة لهم فى سبيل الكشف عن الحالات التى يتم فيها التوصل إلى الحصول على أية مبالغ من البنك غير مستحقة أو بناء على إجراءات أو أدلة صورية أو مصطنعة.

تاسعا: ينشأ بكل نيابة جزئية دفتر يخصص لقيد المحاضر المشار إليها فى البند (ثانيا) والباقية بالنيابة رهن مضى المدة المقررة قانوناً لقيام جريمة الامتناع عن دفع النفقة. يجرى القيد فيه بأرقام مسلسلة تبدأ من أول العام الميلادى وتنتهى بانتهائه، وتكون بياناته كما يلى: رقم مسلسل - الرقم القضائى للمحضر- تاريخ وروده - تاريخ تقديم الشكوى- تاريخ التنبيه بالدفع- تاريخ انتهاء مدة الدفع- وجه التصرف النهائى وتاريخه.

والله ولي التوفيق ،

صدر فى ٢٠٠٠/٤/٣٠

النائب العام

المستشار

(ماهر عبد الواحد)

(٢)

كتاب دوري

رقم (١١) لسنة ٢٠٠٠

جمهورية مصر العربية

النيابة العامة

مكتب النائب العام المساعد لشئون التفتيش القضائى

صدر القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠ بتعديل بعض أحكام قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ وعمل به اعتباراً من يوم ٢٠٠٠/٥/١٩ وهواليوم التالى لتاريخ نشره، وقد أضاف بنداً جديداً إلى المادة ٩ (أولا) يقرر اختصاص المحكمة الجزئية للأحوال الشخصية بنظر دعاوى الحبس لامتناع المحكوم عليه عن تنفيذ أحكام التفقات وما فى حكمها ، كما أضاف مادة جديدة برقم ٧٦ مكرراً ، ونصها الآتى :

مادة ٧٦ مكرراً - إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم النهائى الصادر فى دعاوى النفقات والأجور وما فى حكمها جاز للمحكوم له أن يرفع الأمر إلى المحكمة التى أصدرت الحكم أو التى يجرى التنفيذ بدائرتها، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بأداء ما حكم به وأمرته بالأداء ولم يمتثل حكمت بحبسه مدة لاتزيد على ثلاثين يوما.

فإذا أدى المحكوم عليه ما حكم به أو أحضر كفيلا يقبله الصادر لصالحه الحكم ، فإنه يخلى سبيله، وذلك كله دون إخلال بحق المحكوم له فى التنفيذ بالطرق العادية. ولايجوز فى الأحوال التى تطبق فيها هذه المادة السير فى الإجراءات المنصوص عليها فى المادة (٢٩٣) من قانون العقوبات مالم يكن المحكوم له قد استنفد الإجراءات المشار إليها فى الفقرة الأولى.

وإذا نفذ بالإكراه البدنى على شخص وفقاً لحكم هذه المادة ، ثم حكم عليه بسبب الواقعة ذاتها بعقوبة الحبس طبقاً للمادة (٢٩٣) من قانون العقوبات، استنزلت مدة الإكراه البدنى الأولى من مدة الحبس المحكوم بها، فإذا حكم

عليه بغرامة خفضت عند التنفيذ بمقدار خمسة جنيهات عن كل يوم من أيام الإكراه البدنى الذى سبق إنفاذه عليه».

وفى ضوء ما تضمنته تلك المادة من أحكام ، فإننا ندعو السادة أعضاء النيابة إلى مراعاة ما يلى :

أولا : أن المشرع أجاز- بموجب المادة ٧٦ مكرراً آنفة البيان- لمن صدر له حكم نهائى فى دعاوى النفقات والأجور وما فى حكمها ، إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذه ، رفع الأمر إلى محكمة الأحوال الشخصية التى أصدرت الحكم، أو التى يجرى التنفيذ بدائرتها ، وخولها الحكم بحبس المحكوم عليه وفق الإجراءات والأحكام المنصوص عليها فى هذه المادة .

ولا يقبل الحكم الصادر بالحبس فى الحالة المشار إليها فى الفقرة السابقة الطعن عليه وفقاً لحكم المادة ٩ من ذات القانون .

ثانيا : أن المشرع حدد شروط تطبيق المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات وعلاقتها بالمادة ٧٦ مكرراً آنفة البيان فأوجب للسير فى الإجراءات المنصوص عليها فى المادة الأولى ولتحريك أو رفع الدعوى الجنائية عن جريمة هجر العائلة التى تناولتها سبق التجاء الصادر لصالحه الحكم إلى محاكم الأحوال الشخصية، واستنفاذ الإجراءات المنصوص عليها فى المادة ٧٦ مكرراً آنفة البيان ، ومن ثم يتعين على أعضاء النيابة قبل اتخاذ أى من إجراءات التحقيق فى الجريمة المذكورة أو رفع الدعوى من النيابة العامة عنها إلى محكمة الجنح الجزئية التأكد من استنفاذ الإجراءات المشار إليها وتقديم الشكوى من صاحب الشأن، فإذا تبين عدم استنفاذ هذه الإجراءات أو عدم تقديم الشكوى وجب قيد الأوراق بدفتر الشكاوى الإدارية وحفظها إداريا.

ثالثا : يجب التحقق عند إعمال المادة (٢٩٣) من قانون العقوبات من أن المحكوم عليه ظل ممتنعا عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور تالية للتنبيه عليه بالدفع حتى بعد القضاء بحبسه وفقاً للمادة ٧٦ مكرراً آنفة البيان، والذى تقضى به محاكم الأحوال الشخصية كوسيلة من وسائل الإكراه البدنى لحمل المحكوم عليه على الدفع.

رابعاً: أنه إذا كان قد سبق تنفيذ الحبس بإكراه بدنى على المحكوم عليه وفقاً لحكم المادة ٧٦ مكرراً آنفة البيان ثم حكم عليه من محكمة الجنح الجزئية بسبب الواقعة نفسها بعقوبة الحبس تطبيقاً للمادة ٢٩٣ من قانون العقوبات ، تستنزل مدة الإكراه البدنى الأولى من مدة الحبس المحكوم بها، فإذا زادت مدة الإكراه البدنى عن مدة الحبس المحكوم به ، أو كان قد حكم عليه بالغرامة فقط خفضت عند التنفيذ بمقدار خمسة جنيهات عن كل يوم من الأيام الزائدة أو عن كل يوم من أيام الإكراه البدنى الذى سبق إنفاذه فيه.

خامساً: يجب إعمال القواعد التى سبق أن تضمنها كتابنا الدورى رقم ٤ لسنة ٢٠٠٠ فى شأن تطبيق المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات ، وذلك فيما لايخالف الأحكام المشار إليها فى هذا الكتاب الدورى.

مرفق صورة من القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠ .

والله ولي التوفيق ...

صدر فى ٢٠٠٠/٦/٢٧

النائب العام

المستشار

(ماهر عبد الواحد)

٢٣٥- دستورية المادة (٢٩٣) من قانون العقوبات :

طعن أمام المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المادة (٢٩٣) من قانون العقوبات فى القضية رقم ٤٥ لسنة ١٧ قضائية « دستورية» . وبجلسة ٢٢ مارس سنة ١٩٩٧ قضت المحكمة برفض الدعوى[1].

وننشر فيما يلى أسباب الحكم ومنطوقه :

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة.

حيث إن الوقائع - على مايبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق- تتحصل فى أن السيدة/ سامية إبراهيم عثمان - المدعى عليها السابعة- كانت قد حصلت على حكم قضائى فى الدعوى رقم ٣٠٢ لسنة ١٩٨٨ أحوال شخصية قسم أول المحلة الكبرى الجزئية، باستحقاقها نفقة لها ولصغيريها من المدعى، ثم حصلت على حكم فى الدعوى رقم ٣٠ لسنة ١٩٩٣ - من ذات المحكمة- بحبس المدعى ثلاثين يوما لامتناعه عن أداء مبلغ ٩٦٠ جنيها من متجمد النفقة المحكوم بها. وقد تم تنفيذ هذا الحكم.

وإذ استمر المدعى فى امتناعه عن الوفاء بما فى ذمته من النفقة ، فقد أقامت ضده بالطريق المباشر الجنحة رقم ٨٥٣٨ لسنة ١٩٩٣- أمام محكمة جنح قسم أول المحلة الكبرى- بطلب الحكم بمعاقبته بمقتضى المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات، وإلزامه بتعويض مؤقت.

---

(١) الجريدة الرسمية العدد ١٤ فى ٣ أبريل سنة ١٩٩٧.

وقد قضت هذه المحكمة بتاريخ ١٩٩٣/١١/٦ - وغيابيا - بحبس المدعى ستة أشهر، وبأن يؤدى للمدعية بالحق المدنى مبلغ ٥١ جنيها على سبيل التعويض المؤقت، فعارض فى هذا الحكم، وقضى فى معارضته بإلغاء الحكم المعارض فيه، وبعدم قبول الدعويين الجنائية والمدنية ، إلا أن النيابة العامة طعنت على هذا الحكم استئنافيا تحت رقم ٧٨٧٩ لسنة ١٩٩٤ ، وفيه قضت محكمة جنح مستأنف مأمورية المحلة الكبرى الابتدائية ٠ غيابيا- بإلغاء الحكم المستأنف ، وإعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة للفصل فيها مجددا بهيئة مغايرة.

وإذ دفع المدعى- أثناء نظر الدعوى الموضوعية بعد إعادتها إلى محكمة جنح قسم أول المحلة الكبرى- بعدم دستورية المادة (٢٩٣) من قانون العقوبات، وقدرت محكمة الموضوع جدية الدفع ، فقد أقام الدعوى الماثلة.

وحيث إن المدعى ينعى على المادة (٢٩٣) من قانون العقوبات المطعون عليها، مخالفتها لمبادئ الشريعة الإسلامية التى اعتبرتها المادة الثانية من الدستور- بعد تعديلها - المصدر الرئيسى للتشريع ، والتى يعتبر صلاح العباد مرهونا باتباعها، تأسيسا على أن من غير المتصور أن يكون الابن سببا فى حبس أبيه وتقييد حريته. هذا فضلا عن أن الحبس للمرة الثانية وفقا للمادة (٢٩٣) المطعون عليها، يعطل أباه عن العمل طوال مدة احتجازه فى الحبس ، وما ينشأ عن ذلك من انقطاع مورد الرزق الذى ينفق منه على الإبن . فضلا عن أن النص فى المادة (٣٤٧) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها، ثم فى المادة (٢٩٣) المطعون عليها، على حبس

المدين بالنفقة المحكوم بها ، مؤداه اجتماع عقوبتين عن فعل واحد، هو النكول عن أداء النفقة المقضى بها بحكم نافذ مع القدرة على دفعها.

وقد انبنى التجريم المقرر بالنص المطعون عليه على علة صون الروابط العائلية ، ولكن تطبيقه يؤدى إلى قطعها.

كذلك جاء هذا النص مخالفا الضوابط التى رسمها الدستور فى شأن المحاكمة المنصفة، ومنافيا مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون، إذ ينطبق على الرجال المتزوجين دون سواهم، مما يؤدى إلى إحجامهم عن الزواج ، وشيوع الزنا.

وحيث إن المادة (٣٤٧) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، تنص على أنه إذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم الصادر فى النفقات أو فى أجرة الحضانة أو الرضاعة أو المسكن ، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به وأمرته ولم يمتثل ، حكمت بحبسه ، ولايجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوما. أما إذا أدى المحكوم عليه ما حكم به، أو أحضر كفيلا فإنه يخلى سبيله وهذا لايمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية.

وصونا للعائلة من أن تهجر، نصت المادة (٢٩٣) من قانون العقوبات على ما يأتى : « كل من صدر عليه حكم قضائى واجب النفاذ بدفع نفقة لزوجه أو أقاربه أو أصهاره أو أجرة حضانة أو رضاعة أو مسكن، وامتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور بعد التنبيه عليه بالدفع ، يعاقب بالحبس

مدة لاتزيد على سنة وبغرامة لاتتجاوز خمسمائة جنيه مصرى أو بإحدى هاتين العقوبتين ، ولاترفع الدعوى عليه إلا بناء على شكوى من صاحب الشأن. وإذا رفعت بعد الحكم عليه دعوى ثانية عن هذه الجريمة ، فتكون عقوبته الحبس مدة لاتزيد على سنة. وفى جميع الأحوال إذا أدى المحكوم عليه ما تجمد فى ذمته، أو قدم كفيلا يقبله صاحب الشأن فلا تنفذ العقوبة» .

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع هذه المادة، « أنها أضيفت للمعاقبة على جريمة هجر العائلة. وهى جريمة تعاقب عليها القوانين الحديثة . وقد أدخلت فى بلچيكا بالقانون الصادر فى ١٩ مايو سنة ١٩١٢ ، وفى فرنسا بالقانونين الصادرين فى ٧ فبراير سنة ١٩٢٤ و ٣ أبريل سنة ١٩٢٨ ، وفى إيطاليا بقانون العقوبات الصادر فى ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٠ ، وأن النص الجديد يعاقب كل من صدر عليه حكم قضائى واجب النفاذ بدفع نفقة لزوجه أو أقاربه أو أصهاره أو أجرة حضانة أو رضاعة أو مسكن وامتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور بعد التنبيه عليه بالدفع ، وأنه إذ كانت هذه الجريمة مما يمس نظام الأسرة ويؤثر فى الروابط العائلية ، فقد رئى تعليق المحاكمة فيها على شكوى صاحب الشأن » .

وحيث إنه عملا بنص المادة (٤١) من دستور مصر لعام ١٩٢٣ ، صدر المرسوم بقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٣٧ فى شأن الإجراءات التى تتخذ وفقا لنص المادة (٢٩٣) من قانون العقوبات ، متوخيا فض التداخل بينها وبين المادة (٣٤٧) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، وذلك بأن حدد لكل منهما

مجال تطبيقها ، وجهة الاختصاص بإعمال حكمها. ومن ثم كان هذا المرسوم بقانون متصلا بالتنظيم القضائى بعد إلغاء الدول الأجنبية لامتيازاتها فى مصر.

وفى نطاق هذا التنظيم، وإرساء لقواعده ، تضمن هذا المرسوم بقانون مادتين تنص أولاهما على امتناع اللجوء لنص المادة (٢٩٣) من قانون العقوبات ، قبل أن يستنفذ المحكوم لمصلحته بالنفقة- وفى الأحوال التى يطبق فيها نص المادة (٣٤٧) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية- الإجراءات المنصوص عليها فيها. وتقضى ثانيتهما بأنه إذا نفذ الإكراه البدنى على شخص وفقا لحكم المادة (٣٤٧) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، ثم حكم عليه بسبب الواقعة بعقوبة الحبس تطبيقا للمادة (٢٩٣) من قانون العقوبات، استنزلت مدة الإكراه البدنى الأولى من مدة الحبس المحكوم به، فإذا حكم عليه بغرامة ، تم خفضها عند التنفيذ بمقدار عشرة قروش عن كل يوم من أيام الإكراه البدنى الذى سبق إنفاذه فيه.

وحيث إن النص المطعون فيه ، تقرر أصلا توقيا لهجر العائلة ، ولدعم الأواصر بين أفرادها ، فلايمزقها الصراع، ولايهيمن عليها التباغض ، بل يكون التراحم بينهم . موطنا لتعاونهم وفق القيم والتقاليد التى يمليها التضامن الاجتماعى ، فلا يتناحرون ، ومن ثم كان هجر العائلة جريمة معاقبا عليها فى كثير من الدول المتحضرة ، لأنها تعنى التخلى عنها والامتناع عن الإنفاق عليها، وتعريضها للضياع ، تقديرا بأن السلطة الأبوية التى يباشرها أصحابها على بنيهم لاتتمحض عن حقوق، بل تقارنها واجباتهم التى لايملكون

التنصل منها، وإلا وجب حملهم عليها بالجزاء الجنائى، لايتخلصون منه إلا بعودتهم إلى العائلة التى هجروها، ومواصلتهم الحياة معها، على أن تدل قرائن الحال على أن عودتهم إليها، ليس ملحوظا فيها أن تكون إجراء موقوتا مرحليا ، بل واشية بإرادة بقائهم فى محيطها استئنافا للحياة العائلية بين أفرادها.

وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى، على أنه وإن صح القول بأن علاقة الشخص بذوى قرباه- من غير أبنائه- تقوم فى جوهرها على مجرد الصلة- ولم لم تكن صلة محرمية- إلا أن الولد بعض أبيه ، أو هو جزؤه الذى لاينفصل عنه، وإليه يكون منتسبا، فلا يلحق بغيره، وهذه الجزئية أوالبعضية مرجعها إلى الولادة ، ليس ثمة نفع يقابلها ليكون فيها معنى العوض. ومن ثم كان اختصاص الوالد دون غيره بالإنفاق على عياله ثابتا لاجدال فيه، بل إن إدرار النفقة عليهم وبقدر كفايتهم ، أكفل لحياتهم وأحفظ لأعراضهم وعقولهم ، وهوكذلك أدخل إلى تربيتهم وتقويم إعوجاجهم بما يردهم دوما إلى قيم الدين وتعاليمه.

وحمل الوالد على إيفاء النفقة التى حجبها - عنادا أوإهمالا- عن أولاده ، هو إلزام بماهولازم بعد أن منعهم منها دون حق، وأهدر أصل وجوبها لأولاده المحتاجين بها. ومقابلة ظلم الوالد بالعدل ليس إعناتا منطويا على التضييق عليه، بل حقا مطلوبا ديانة، وواجبا تقتضيه الضرورة، محققا لمصالح لها اعتبارها . كذلك فإن تقرير النفقة وفرضها من خلال حكم قضائى، ليس سرفا ، ذلك أن الوالد وإن علا لايحبس فى دين لولده وإن

سفل، إلا فى النفقة، لأن الامتناع عنها مع وجوبها ضياع لنفس مستحقها، مؤد إلى إتلافها.

وحيث إن من المقرر كذلك شرعا، أن نفقة الزوجة تقابل احتباسها لحق زوجها عليها، وإمكان استمتاعه بها استيفاء للمعقود عليه، وعملا بقاعدة كلية مفادها أن من كان محبوسا بحق مقصود لغيره، كانت نفقته عليه. وقصر المرأة على زوجها، يعنى أن منافعها التى أذن الله تعالى بها، تعود إليه وحده. ومن ثم كان رزقها وكسوتها متطلبا معروفا بعد أن أخذها زوجها واستحلها بكلمة الله، وهو ماتنص عليه المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ الخاص ببعض أحكام النفقة ومسائل الأحوال الشخصية بعد تعديلها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية، من أن نفقة الزوجة على زوجها تجب من تاريخ العقد الصحيح بتسليمها نفسها إليه ولَوحكما، حتى لو كانت موسرة أو مختلفة معه فى الدين، على أن تشمل غذاءها وكسوتها وسكنها وأجر علاجها، وغير ذلك مما يقضى به الشرع.

وحيث إن ما ينعاه المدعى من مخالفة نص المادة (٢٩٣) من قانون العقوبات المطعون عليها للمادة الثانية من الدستور، مردود بأن قضاء هذه المحكمة مطرد على أن حكم هذه المادة- بعد تعديلها فى ٢٢ مايو ١٩٨٠ - يدل على أن الدستور- واعتبارا من تاريخ العمل بهذا التعديل- قد أتى بقيد على السلطة التشريعية مؤداها تقيدها- فيما تقره من النصوص القانونية- بمراعاة الأصول الكلية للشريعة الإسلامية، إذ هى جوهر بنيانها وركيزتها،

وقد اعتبرها الدستور أصلا ينبغي أن ترد إليه هذه النصوص ، فلا تتنافر مع مبادئها المقطوع بثبوتها ودلالتها ، وإن لم يكن لازما استمداد تلك النصوص مباشرة منها، بل يكفيها ألا تعارضها ، ودون ما إخلال بالقيود الأخرى التى فرضها الدستور على السلطة التشريعية فى ممارستها لاختصاصاتها الدستورية. ومن ثم لاتمتد الرقابة على الشرعية الدستورية التى تباشرها هذه المحكمة- فى مجال تطبيقها للمادة الثانية من الدستور- لغير النصوص القانونية الصادرة بعد تعديلها . ولاكذلك نص المادة (٢٩٣) من قانون العقوبات المطعون عليها، إذ أصدرها المشرع قبل نفاذ التعديل الصادر فى شأن المادة الثانية من الدستور فى ٢٢ مايو ١٩٨٠ . وقد ظل حكم النص المطعون عليه قائما دون تعديل لفحواه بعد هذا التاريخ، فلا تمتد إليه بالتالى الرقابة التى تباشرها المحكمة فى شأن الشرعية الدستورية.

وحيث إن جواز حمل المدين بالنفقة - سواء كان مستحقها زوجته أو أولاده- واقتضائها من الملتزم بها جبرا - ولو بطريق الإكراه البدنى - هو ماتقرر بقضاء المحكمة العليا فى الدعوى رقم ١ لسنة ٥ قضائية عليا «دستورية» الصادر فى ٢٩ من يونية ١٩٧٤ بمناسبة فصلها فى دستورية نص المادة (٣٤٧) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وكان ماخلص إليه قضاؤها من اتفاقها مع الدستور، يعتبر قولا فصلا لايقبل تعقيبا من أحد- على ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا- فإن الخوض من جديد فى جواز حبس المحكوم عليه بالنفقة - إذا امتنع عن أدائها بعد أن أمر بدفعها وكان قادرا على إيفائها - يكون لغوا.

وحيث إن ما ينعاه المدعى من مخالفة النص المطعون فيه للمادة (٩) من الدستور التى تقضى بأن الأسرة قوامها الدين والأخلاق والوطنية ، وأن على الدولة أن تعمل صون طابعها الأصيل – بما يقوم عليه من القيم والتقاليد – مردود بأن ما سعي إليه النص المطعون فيه ليس إلا توثيقا لروابط الأسرة ؛ وأكفل لاتصال أفرادها ببعض ، ودعم وشائجهم ، وهو كذلك ضمان لوحدتها وتماسكها لايناقض جوهر بنيانها ، بل يرسيها على الدين الحق والخلق القويم ، إعلاء لفضائلها. فلا يكون أفرادها بعضهم لبعض خصيما، بل عونا ونصيرا، وكلما كان المدين ممتنعا مطلا أو إعناتا عن الإنفاق على أولاده وزوجه، كان هادما لصلة حرم الله قطعها، فلا يقوم بكفايتهم ، بل يرهقهم من أمرهم عسرا . فإذا ما حمل على إيفائهم نفقتهم التى يستحقونها ، ولو بالحبس ، كان ذلك جزاء وفاقا.

وحيث إن قضاء هذه المحكمة مطرد على أن استيفاء العقوبة التى فرضها المشرع فى شأن الجريمة، مؤداه أن القصاص من مرتكبها قد اكتمل ، فلا يجوز أن يلاحق جنائيا أكثر من مرة عن الجريمة ذاتها وإلا ظل قلقا مضطربا ، مهددا من الدولة بنزواتها ، تمد إليه بأسها حين تريد ، ليغدو محاطا بألوان من المعاناة لاقبل له بها، مهدرا لموارده فى غير مقتض ، متعثر الخطى، بل إن إدانته – ولو كان بريئا – تظل أكثر احتمالا ، كلما كان الاتهام الجنائى متتابعا عن الجريمة ذاتها.

وما ينعاه المدعى عن انطواء النص المطعون فيه على فرض أكثر من عقوبة عن جريمة واحدة، مردود :

أولاً : بما هو مقرر من أن اللجوء لنص المادة (٢٩٣) من قانون العقوبات- المطعون عليها- يفترض استنفاد التدابير التى حددتها المادة (٣٤٧) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لتحصيل النفقة المحكوم بها، وأن من يستحقونها قد تضرروا من استمرار امتناع المدين بالنفقة عن دفعها مدة ثلاثة أشهر بعد التنبيه عليه بإيفائها ، مما حملهم على أن يتقدموا ضده بشكواهم استنهاضا لنص المادة (٢٩٣) المطعون عليها التى تربطها بالمادة (٣٤٧) من اللائحة واقعة واحدة يقوم بها جزاء الحبس ، بل يفترض إعمال النص المطعون فيه، أن المدين بالنفقة لازال مماطلا حتى بعد أن حبس وفقا لتلك اللائحة ، وأن الامتناع عن دفعها لازال بالتالى ممتدا من حيث الزمان، بما مؤداه أن وقائع الامتناع - مع تعددها - لاتشكل مشروعا إجراميا واحدا، بل يكون لكل منها ذاتيتها باعتبارها وقائع منفصلة عن بعضها البعض ، وإن كان هدفها واحدا ممثلا فى اتجاه إرادة المدين بالنفقة إلى النكول عن أدائها.

ومردود ثانيا: بأن عدم جواز فرض أكثر من عقوبة على فعل واحد ، يفترض تتابعها واستيفاء كل منها بكامله . ولاكذلك النص المطعون فيه ، ذلك أن مدة الإكراه البدنى التى تم تنفيذها فى حق المدين وفقا لنص المادة (٣٤٧) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، يجب استنزالها من مدة الحبس المحكوم بها وفقا للنص المطعون فيه. فإذا كان قد حكم عليه بغرامة ، جرى خفضها عند التنفيذ بمقدار عشرة قروش عن كل يوم من أيام الإكراه البدنى الذى سبق إنفاذه فيه.

وحيث إن ما ينعاه المدعى من إخلال النص المطعون فيه بالحرية الشخصية المنصوص عليها فى المادة (٤١) من الدستور ، مردود :

أولا : بأن ضمانها لايعنى غل يد المشرع عن التدخل لتنظيمها ، ذلك أن صون الحرية الشخصية يفترض بالضرورة إمكان مباشرتها دون قيود جائرة تعطلها أو تحد منها، وليس إسباغ حصانة عليها تعفيها من تلك القيود التى تقتضيها مصالح الجماعة وتسوغها ضوابط حركتها.

ومردود ثانيا : بما جرى به قضاء هذه المحكمة من أن القانون الجنائى وإن اتفق مع غيره من القوانين فى سعيها لتنظيم علائق الأفراد فيما بين بعضهم البعض ، وعلى صعيد صلاتهم بمجتمعهم ، إلا أن هذا القانون يفارقها فى اتخاذه الجزاء الجنائى أداء لحملهم على إتيان الأفعال التى يأمرهم بها أو التخلى عن تلك التى يدعوهم لاجتنابها، وهو بذلك يتغيا أن يحدد – ومن منظور اجتماعى – مالايجوز التسامح فيه من مظاهر سلوكهم، بما مؤداه أن الجزاء على أفعالهم لايكون مبررا إلا إذا كان مفيدا من وجهة اجتماعية، فإذا كان مجاوزا حدود الدائرة التى ترسم الضرورة تخومها ، غدا مخالفا للدستور. متى كان ذلك، وكان النص المطعون فيه يتوخى أن يرتبط عائل الأسرة بها، فلا يهجرها من خلال الامتناع عن الإنفاق عليها، وكان التضييق عليه بالحبس يعتبر كافلا لحقوقها، فإن تقرير وإيقاع هذا الجزاء ، لايكون مخالفا للدستور.

وحيث إن إدعاء مخالفة النص المطعون فيه للمادة (٤٠) من الدستور، مردود بأن الدخول فى أسرة من خلال تكوينها ، يفترض تحمل أعبائها. ولاكذلك غير المتزوجين الدين يختلفون مركزا عن الأولين.

وحيث إن القول بإهدار النص المطعون فيه لضوابط المحاكمة المنصفة المنصوص عليها فى المادة (٦٧) من الدستور، مردود بأن هذا النص– وفق

مضمونه – لايخل بالحق فى إدارة العدالة الجنائية إدارة فعالة على ضوء مستوياتها فى الدول المتحضرة ولاينتقص من ضماناتها.

وحيث إن النص المطعون فيه لايتعارض مع أى حكم آخر فى الدستور من أوجه أخرى.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمةبرفض الدعوى وبمصادرة الكفالة ، وألزمت المدعى المصروفات ومبلغ مائة جنية مقابل أتعاب المحاماه.

أمين السر　　　　　　　　رئيس المحكمة

٢٣٦- دستورية المرسوم بقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٣٧ :

طعن أمام المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المرسوم بقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٣٧ فى القضية رقم ١٥ لسنة ٨ قضائية « دستورية» وبجلسة ١٩٩١/١٢/٧ قضت المحكمة برفض الدعوى[١] .

وننشر أسباب ومنطوق الحكم فيما يلى :

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق والمداولة.

من حيث إن الوقائع – على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق – تتحصل فى أن المدعية كانت قد حصلت على حكم قضائى فى الدعوى

---

(١)الجريدة الرسمية العدد ٥٢ فى ١٦ /١٩٩١/١٢ .

رقم ٧٣ لسنة ١٩٨٤ أحوال شخصية السيدة زينب باستحقاقها نفقة مؤقتة لها ولصغيرها من المدعى عليه الأول. وإذ امتنع عن الوفاء بما فى ذمته من النفقة، فقد أقامت ضده بالطريق المباشر الجنحة رقم ١١٥٦ لسنة ١٩٨٦ السيدة زينب، غير ان المدعى عليه الأول دفع بعدم قبول الدعوى الجنائية لرفعها قبل الأوان مستنداً فى ذلك إلى حكم المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٣٧ التى لا تجيز- فى الأحوال التى تطبق فيها المادة (٣٤٧) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية - السير فى الاجراءات المنصوص عليها فى المادة (٢٩٣) من قانون العقوبات ما لم يكن المحكوم له بالنفقة أو بأجرة الحضانة أو الرضاعة قد استنفد الاجراءات المنصوص عليها فى المادة (٣٤٧) من اللائحة المشار إليها. وإذ كان الدفع بعدم قبول الدعوى الجنائية لرفعها قبل الأوان متصلاً بالشروط التى تطلبها المرسوم بقانون رقم ٩٢ لسنه ١٩٣٧ لجواز تحريكها من قبل المدعية ضد المدعى عليه الأول، فقد جحدت المدعية دستورية هذا المرسوم بقانون مستندة فى ذلك إلى أنه أتى بقيد على تطبيق المادة (٢٩٣) من قانون العقوبات كانت السلطة التشريعية قد رفضته من قبل مما يعد تحدياً لها واغتصاباً لسلطتها وخروجاً بالتالى على أحكام الدستور، هذا بالاضافه إلى انتفاء حالة الضرورة التى تطلبتها المادة (٤١) من دستور مصر الصادر سنة ١٩٢٣ لجواز إصدار المرسوم بقانون المطعون عليه، وكذلك انعدام الدليل على أن البرلمان قد دعى لاقراره، ومن ثم يزول ما كان له من قوة القانون. وإذ صرحت محكمة الموضوع للمدعية برفع الدعوى الدستورية، فقد أقامت الدعوى الماثلة.

وحيث أن الأوضاع الشكلية للنصوص التشريعية سواء فى ذلك تلك

المتعلقة بالشروط التى يفرضها الدستور لمباشرة الاختصاص باصدارها فى غيبة السلطة التشريعية أو بتفويض منها أو ما كان متصلاً منها باقتراحها أو اقرارها أو اصدارها حال انعقاد السلطة التشريعية، انما تتحدد على ضوء ما قررته فى شأنها أحكام الدستور المعمول به حين صدورها.

وحيث أن البين من الاطلاع على أحكام المرسوم بقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٣٧ - الخاص بالاجراءات التى تتخذ وفقاً للمادة (٢٩٣) من قانون العقوبات - أنه صدر استناداً إلى المادة (٤١) من دستور مصر الصادر سنة ١٩٢٣ التى تنص على أنه «إذا حدث فيما بين أدوار انعقاد البرلمان ما يوجب الاسراع إلى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير فللملك أن يصدر فى شأنها مراسيم تكون لها قوة القانون بشرط ألا تكون مخالفة للدستور. ويجب دعوة البرلمان إلى اجتماع غير عادى وعرض هذه المراسيم عليه فى أول اجتماع له، فإذا لم تعرض أو لم يقرها أحد المجلسين زال ما كان لها من قوة القانون».

وحيث أن المدعية تنعى على المرسوم بقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٣٧ مخالفته لنص المادة (٤١) من الدستور المشار إليه بمقولة أن حالة الضرورة التى تسوغ اصداره منتفية وأنه أضحى بالتالى مخالفاً لذلك الدستور وباطلاً.

وحيث أن الدساتير المصرية المتعاقبة بدءاً بدستور سنة ١٩٢٣ وانتهاء بالدستور القائم، تفصح جميعها عن اعتناقها لنظرية الضرورة وتضمينها لأحكامها فى صلبها تمكيناً للسلطة التنفيذية - فيما بين أدوار انعقاد السلطة التشريعية أو حال غيبتها - من مواجهة أوضاع قاهرة أو ملحة تطرأ خلال هذه الفترة الزمنية وتلجئها إلى الاسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير فى شأنها، ومن ثم يكون تدخلها بهذه التدابير، وتطبيقها لها، مبرراً بحالة الضرورة

ومستنداً إليها، وبالقدر الذى يكون متناسباً مع متطلباتها، وبوصفها تدابير من طبيعة استثنائية، ذلك أن الأصل فى نصوص الدستور - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - انها تمثل القواعد والأصول التى يقوم عليها نظام الحكم فى الدولة، وهى باعتبارها كذلك تتبوأ مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التى يتعين احترامها والعمل بموجبها باعتبارها أسمى القواعد الآمرة وأحقها بالنزول على أحكامها. وإذ كان الدستور قد حدد لكل سلطة عامة وظائفها الأصلية وما تباشره من أعمال أخرى لا تدخل فى نطاقها، بل تعد استثناء يرد على أصل انحصار نشاطها فى المجال الذى يتفق مع طبيعة وظائفها، وكان الدستور قد حصر هذه الأعمال الاستثنائية وبين بصورة تفصيلية قواعد ممارستها، تعين على كل سلطة فى مباشرتها لها أن تلتزم حدودها الضيقة وأن تردها إلى ضوابطها الدقيقة التى عينها الدستور، وإلا وقع عملها مخالفاً لأحكامه.

وحيث أن سن القوانين هو مما تختص به السلطة التشريعية تباشره وفقاً للدستور فى اطار وظيفتها الأصلية، وكان الأصل هو أن تتولى السلطة التشريعية بنفسها مباشرة هذه الوظيفة التى أسندها الدستور لها وأقامها عليها، إلا أن الدساتير المصرية جميعها، ومن بينها دستور سنة ١٩٢٣ ، كان عليها أن توازن ما يقتضيه الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية من تولى كل منها لوظائفها فى المجال المحدد لها أصلاً، بضرورة المحافظة على كيان الدولة واقرار النظام فى ربوعها ازاء ما قد تواجهه - فيما بين أدوار انعقاد السلطة التشريعية أو حال غيابها - من مخاطر تلوح نذرها أو تشخص الأضرار التى تواكبها، يستوى فى ذلك أن تكون هذه المخاطر من طبيعة مادية أو أن يكون قيامها

مستنداً إلى ضرورة تدخل الدولة بتنظيم تشريعي يكون لازماً لمواجهة التزاماتها الدولية التى حل ميعاد ايفائها قبل انعقاد السلطة التشريعية، ولقد كان النهج الذى التزمته هذه الدساتير على اختلافها – وعلى ضوء موجبات هذه الموازنة – هو تخويلها السلطة التنفيذية الاختصاص باتخاذ التدابير العاجلة اللازمة لمواجهة أوضاع استثنائية سواء بالنظر إلى طبيعتها أو مداها. وتلك هى الضرورة التى اعتبر الدستور قيامها من الشرائط التى تطلبها لمزاولة هذا الاختصاص الاستثنائى، ذلك أن الاختصاص المخول للسلطة التنفيذية فى هذا النطاق لا يعدو أن يكون استثناء من أصل قيام السلطة التشريعية على مهمتها الاصلية فى المجال التشريعي. إذ كان ذلك، وكانت التدابير العاجلة التى تتخذها السلطة التنفيذية لمواجهة حالة الضرورة نابعة من متطلباتها، فان انفكاكها عنها يوقعها فى حومة المخالفة الدستورية. ذلك أن توافر حالة الضرورة – بضوابطها الموضوعية التى لا تستقل السلطة التنفيذية بتقديرها – هى علة اختصاصها بمواجهة الأوضاع الطارئة والضاغطة بتلك التدابيرالعاجلة بل هى مناط مباشرتها لهذا الاختصاص، وإليها تمتد الرقابة الدستورية التى تباشرها هذه المحكمة للتحقق من قيامها فى الحدود التى رسمها الدستور لها ولضمان ألا تتحول هذه الرخصة التشريعية – وهى من طبيعة استثنائية – إلى سلطة تشريعية كاملة ومطلقة لا قيد عليها ولا عاصم من جموحها أو انحرافها.

وحيث أن ما تنعاه المدعية من انتفاء حالة الضرورة التى تسوغ اصدار المرسوم بقانون المطعون عليه، مردود بأنه صدر فى شأن يتعلق بالتنظيم القضائى الذى أضحى ارساء قواعده أمراً محتوماً تنفيذاً لاتفاق إلغاء الامتيازات الأجنبية. فقد حل هذا المرسوم بقانون – وعلى ما يبين من مذكرته

التفسيرية وتقرير لجنة الحقانية بمجلس النواب - اشكالاً كان قد ثار فى العمل فى شأن تطبيق كل من المادتين (٢٩٣) من قانون العقوبات و(٣٤٧) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، فجعل اعمال المادة (٢٩٣) المشار إليها ممتنعاً قبل استنفاد الاجراءات المنصوص عليها فى المادة (٣٤٧) من اللائحة المذكورة، كما قضى بأن التنفيذ بالاكراه البدنى الذى يقع طبقاً للمادة المذكورة تستنزل مدته من عقوبة الحبس التى يحكم بها طبقاً للمادة (٢٩٣) من قانون العقوبات، وبذلك حدد هذا المرسوم بقانون اختصاص كل جهة، ومواضع التطبيق لكل من هاتين المادتين. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى تدل مضبطة الجلسة الثالثة لدور الانعقاد العام المنعقدة فى ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ على أن المرسوم بقانون المطعون عليه صدر ضمن مراسيم بقوانين أخرى هى المرسوم بقانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٣٧ بشأن توسيع اختصاص المحاكم المختلطة بالنسبة لرعايا بعض الدول، والمرسوم بقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٣٧ الخاص بالتشريع الذى تطبقه المحاكم المختلطة، والمرسوم بقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٣٧ بتعديل الأمر العالى الصادر فى ١٤ يونية سنة ١٩٨٣ بلائحة ترتيب المحاكم الأهلية، والمرسوم بقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٣٧ بشأن اختصاص محاكم الأحوال الشخصية المصرية، والمرسوم بقانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٣٧ بتعديل الباب الرابع من الكتاب الأول من قانون المرافعات المدنية والتجارية المختلطة والمرسوم بقانون رقم ٩٤ لسنة ١٩٣٧ الخاص بالاجراءات فى مواد الأحوال الشخصية. وجميعاً تتعلق بالتنظيم القضائى وتنظيم اختصاصات المحاكم والقوانين التى تطبقها والقواعد الاجرائية التى تتبع أمامها بعد ابرام الاتفاق الخاص بالغاء الامتيازات الأجنبية ولائحة

التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة وما يترتب عليهما، والموقع عليه بمونترو فى ٨ مايو سنة ١٩٣٧ بين مصر ومندوبى الدول صاحبة الامتيازات والصادر بالموافقة عليه فى ٢٤ يوليو سنة ١٩٣٧ القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٧، إذ كان ذلك وكان البين من هذه المضبطة أن صدور هذه المراسيم اقتضته ضرورة لا تحتمل التأخير تتمثل فى وجوب العمل بها ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٣٧ تنفيذاً للاتفاق المشار إليه، فإن رئيس الدولة إذ أصدر التشريع المطعون عليه فى تلك الظروف، لا يكون مجاوزاً حدود سلطته طبقاً للمادة (٤١) من دستور سنة ١٩٢٣.

وحيث أن النعى بزوال قوة القانون التى كانت للمرسوم بقانون المطعون عليه لعدم دعوة البرلمان لاقراره، مردود بأن الثابت من مضابط البرلمان دعوته إلى اجتماع غير عادى وعرض هذا المرسوم عليه فى أول اجتماع له، وأن مجلس الشيوخ قد أقره بالجلسة الثانية لدور الانعقاد غير العادى المنعقدة بتاريخ أول نوفمبر سنة ١٩٣٧، كذلك أقره مجلس النواب بالجلسة الثالثة لهذا الدور المنعقدة بتاريخ ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧، إذ كان ذلك، وكان البرلمان بمجلسيه قد أقر المرسوم بقانون المطعون عليه على ما سلف البيان، فان قوة القانون تستقر بصفة نهائية لأحكامه المطابقة فى نصها وفحواها للدستور، ويكون هذا الوجه من النعى بالتالى على غير أساس حريا بالرفض.

وحيث أن ما تنعاه المدعية من أن المرسوم بقانون المطعون عليه قد تضمن قيوداً على حكم المادة (٢٩٣) من قانون العقوبات خلافاً للاتجاه الذى كان سائداً عند اقتراع البرلمان على نص المادة المذكورة، مردود بأنه لما كان رئيس الدولة قد أصدر هذا المرسوم استناداً إلى المادة (٤١) من دستور سنة ١٩٢٣،

وكانت المراسيم بقوانين التى تصدر طبقاً لهذه المادة لها بصريح نصها قوة القانون، ومن ثم فانها تتناول بالتنظيم كل ما يتناوله القانون، كذلك فان هذا العيب لو صح، لا يعدو أن يكون نعياً بمخالفة مرسوم بقانون لا تجاه ساد المجلس التشريعى ولا يصلح بالتالى سبباً للطعن على نص فى قانون أو لائحة بعدم الدستورية، ذلك أن المناط في تقرير دستورية النص التشريعى أو عدم دستوريته هو باتفاقه أو مخالفته لأحكام الدستور المنوط بهذه المحكمة صونها وحمايتها.

وحيث أنه لما تقدم تكون الدعوى بعدم الدستورية غير قائمة على أساس سليم من القانون متعيناً رفضها.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة برفض الدعوى، وبمصادرة الكفالة، وألزمت المدعية المصروفات، ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

أمين السر　　　　　　رئيس المحكمة

موضـــــــوع رقم (٨)

المبالغ التى يجوز الحجز عليها من المرتبات والأجور والمعاشات وما فى حكمها وفاء لدين النفقة

٢٣٧- عموميات:

تنص المادة ٣٠٩ مرافعات على أنه : «لا يجوز الحجز على الأجور والمرتبات إلا بمقدار الربع وعند التزاحم يخصص نصفه لوفاء دين النفقة المقررة والنصف الآخر لما عداه من الديون».

وقد أبقى قانون المرافعات الجديد في هذا المادة على حكم المادة ٤٨٨ من القانون الملغى بوصفه أصلا عاما مع الاستعاضة عن عبارة «أجور الخدم والصناع والعمال أو مرتبات المستخدمين» الواردة فى القانون الملغى بعبارة «الأجور والمرتبات» إذ المقصود حماية أصحاب الأجور والمرتبات أيا كانت فئاتهم أو طبيعة عملهم[١].

غير أن هذا النص لا يخل بطبيعة الحال بالنصوص الواردة فى القوانين الخاصة والتى تضفى حماية على مرتبات بعض العاملين وأجورهم بما يختلف عن حكم هذا النص[٢] وكان مشروع الحكومة يتضمن مقابلا للمادة[٣] ٤٩٠ من القانون الملغى التى تنص على أن: «العمل بالأحكام المتقدمة لا يخل بالقواعد المقررة أو التى تقرر فى القوانين الخاصة بشأن عدم جواز الحجز أو التنفيذ أو التنازل» وقد حذفت اللجنة التشريعية بمجلس الأمة هذا النص وجاء بتقريرها عن ذلك أنه: «رأت اللجنة حذف المادة

---

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الجديد.

(٢) المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الجديد.

(٣) المادة ٣٠٩ من المشروع.

٣٠٩ من المشرع اعتبارا بأن حكمها تقرره القواعد العامة دون حاجة إلى نص فمن المسلم أن النص العام لا يمنع من تطبيق النص الخاص وبالتالى فإن النصوص التى تقرر عدم جواز الحجز فى مجموعة المرافعات لا تخل بتطبيق النصوص الأخرى بشأن عدم جواز الحجز والتى ترد فى قوانين أخرى».

وهذه القوانين الخاصة هى :

(١) - القانون رقم ١١١ لسنة ١٩٥١ (المعدل) فى شأن عدم جواز توقيع الحجز على مرتبات الموظفين والمستخدمين أو معاشاتهم أو مكافآتهم أو حوالتها إلا فى أحوال خاصة.

(٢) - القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ (المعدل) بإصدار قانون العمل(م٤١).

(٣) القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية .

وسنتناول أحكام القانونين الأول والثانى وحكم المادة ٣٠٩ مرافعات كل على حده، وسنشير فى نهاية كل من هذه الأحكام إلى الحكم الوارد بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠.

والقانون الأخير قد ألغى القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن تعديل أحكام بعض النفقات ، وقد جاءت المادة ٧٦ منه مقابلة للمادة الأولى من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦، وسنشير إلى حكم المادة الأخيرة فى هامش الكتاب عند التصدى لحكم المادة ٧٦ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠.

٢٣٨- أولا : القانون رقم ١١١ لسنة ١٩٥١ (المعدل) فى شأن عدم جواز توقيع الحجز على مرتبات الموظفين والمستخدمين ومعاشاتهم أو مكافآتهم أو حوالتها إلا فى أحوال خاصة:

نصت الفقرة الأولى من المادة الأولى من هذا القانون (مستبدلة بالقانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٧٣) على أن:

«لايجوز إجراء خصم أو توقيع حجز على المبالغ الواجبة الأداء من الحكومة والمصالح العامة والمحافظات ومجالس المدن والمجالس القروية والهيئات العامة والمؤسسات العامة والواحدت الاقتصادية التابعة لها إلى العامل مدنيا كان أو عسكريا بصفة مرتب أو أجر أو راتب إضافي أو حق فى صندوق ادخار أو معاش أو مكافأة أو تأمين مستحق طبقا لقوانين التأمين والمعاشات أو أى رصيد من هذه المبالغ إلا بمقدار الربع، وذلك وفاء لنفقة محكوم بها من جهة الاختصاص أو لأداء ما يكون مطلوبا لهذه الجهات من العامل بسبب يتعلق بأداء وظيفته أو لاسترداد ما صرف إليه بغير وجه حق من المبالغ المذكورة أو بصفة بدل سفر أو اغتراب أو بدل تمثيل أو ثمن عهدة شخصية وعند التزاحم تكون الأولوية لدين النفقة».

كما نصت المادة الثالثة (المستبدلة بالقانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٧٣) على أن: «لا يجوز توقيع الحجز على المبالغ الواجبة الأداء من الهيئات المشار إليها فى الفقرة الأولى من المادة الأولى للأرامل والأيتام أو لغيرهم من المستحقين بصفة معاش أو مكافأة أو حق فى صندوق ادخار أو إعانة أو تأمين أو ما يماثل ذلك أو أى رصيد من هذه المبالغ إلا فيما لا يجاوز الربع وذلك لوفاء نفقة محكوم بها على هؤلاء الأشخاص من جهة الاختصاص».

فالفقرة الأولى من المادة تسرى على العاملين بالحكومة ومصالحها وفروعها، سواء كانوا مدنيين أو عسكريين ويدخل فى عداد العاملين المدنيين الطوائف ذات الكادرات الخاصة كأساتذة الجامعات... إلخ.

كما تسرى على العاملين بالهيئات العامة[١]، ووحدات الإدارة المحلية[٢]، وهيئات وشركات القطاع العام[٣].

وتسرى المادة الثالثة على الأرامل والأيتام وغيرهم من المستحقين عن الأشخاص سالفي الذكر.

وأحكام الحجز المذكورة بالمادتين تسرى على ما يتقاضاه العامل من مرتب أو أجر أو راتب إضافي، ولو كان عن أشهر متعددة سابقة على تاريخ الحجز، كما إذا سافر العامل إلى الخارج واحتفظت له الخزانة بمرتبه أو أجره إلى حين حضوره[٤].

كما يشمل أى حق في صندوق ادخار أو معاش أو مكافأة أو تأمين مستحق طبقا لقوانين التأمين والمعاشات أو أى رصيد من هذه المبالغ.

---

(١) الهيئة العامة هى شخص إدارى عام يدير مرفقا يقوم على مصلحة أو خدمة عامة ويكون لها الشخصية الاعتبارية ولها ميزانية خاصة بها تعد على نمط ميزانية الدولة وتلحق بمزانية الجهة الإدارية التابعة لها.
وينظم الهيئات العامة القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ بإصدار قانون الهيئات العامة. ومثال الهيئات العامة: الهيئة العامة للاصلاح الزراعى والهيئة العامة للكتاب...الخ.

(٢) وحدات الإدارة المحلية هى: المحافظات والمركز والأحياء والقرى (م١ من القرار بقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ المعدل بإصدار قانون نظام الإدارة المحلية)، وكانت هذه الواحدات تسمى قبل ذلك بواحدات الحكم المحلى إلى أن غيرت التسمية الأخيرة بالقانون رقم ١٤٥ لسنة ١٩٨٨. والوحدات المذكورة هى التى حلت محل (المحافظات ومجالس المدن والمجالس القروية) الواردة بالمادة.

(٣) هيئات وشركات القطاع العام: ينظمها القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ (المعدل) بإصدار قانون فى شأن هيئات القطاع العام وشركاته.
وهيئات القطاع العام ء هى التى حلت محل (المؤسسات العامة) الواردة بالنص، وشركات القطاع العام هى (الواحدات الاقتصادية) الواردة بالنص.

(٤) الدكتور أحمد أبو الوفا إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية الطبعة التاسعة ١٩٨٦ص٢٩٩.

ولكنه لا يسرى على التعويض الذى قد يحكم به للعامل أو ورثته على الحكومة أو أحد فروعها[١] أو على تأمين كان العامل قد دفعه أثناء قيامه بالخدمة عن عهدة منحها.

أما بالنسبة للأرامل والأيتام وغيرهم من المستحقين عن العاملين سالفى الذكر فيسرى حكم المادة على المبالغ الواجبة الأداء لهم بصفة معاش أو مكافأة أو حق فى صندوق ادخار أو إعانة أو تأمين أو ما يماثل ذلك أو أى رصيد من هذه المبالغ.

والأصل أن العامل أو صاحب المعاش إذا توفى فإن ما لم يقبضه من المستحقات السابقة قبل وفاته تعتبر تركة ولا تسرى عليها الحماية الواردة بالنص[٢] ، غير أن المشرع نص فى المـــادة الخامسة من القرار بقانون رقم ١

---

(١) الدكتور رمزى سيف قواعد تنفيذ الأحكام والعقود الرسمية الطبعة الخامسة ١٩٥٩ ص١٩٥.

(٢) وهذا ما قضت به محكمة النقض بتاريخ ١٩٦٢/٦/١٤ فى الطعن رقم ٤٤١ لسنة ٢٦ق إذ جاء بحكمها المذكور ما يأتى:
«وحيث أن المادة الأولى من القانون ١١١ نصت على أنه: ولا يجوز توقيع الحجز على المبالغ الواجبة الأداء من الحكومة والمصالح العامة ومجالس المديريات والمجالس البلدية والقروية للموظف أو المستخدم مدنيا كان أو عسكريا بصفة مرتب أو أجر أو راتب إضافى أو حق فى صندوق ادخار أو معاش أو مكافأة أو أى رصيد من هذه المبالغ إلا فيما يجاوز الربع وذلك لوفاء نفقة محكوم بها من جهة الاختصاص أو لأداء ما يكون مطلوبا لهذه الهيئات من الموظف أو المستخدم بسبب يتعلق بأداء وظيفته وعند التزاحم تكون الأولوية لدين النفقة» ونصت المادة الثالثة منه على أنه: «لا يجوز توقيع الحجز على المبالغ الواجبة الأداء من الهيئات المشار إليها فى الفقرة الأولى من المادة الأولى للأرامل أو الأيتام أو لغيرهم من المستحقين بصفة معاش أو مكافأة وحق فى صندوق الادخار أو إعانة أو ما يماثل ذلك أو أى رصيد من هذه المبالغ إلا فيما يجاوز الربع وذلك لوفاء نفقة محكوم بها على هؤلاء الأشخاص من جهة الاختصاص» ومفاد هذين النصين ان المبالغ المنصوص عليها فيها- لكى تتمتع بالحصانة التى أضفاها عليها القانون- يجب أن تكون مستحقة من إحدى تلك الهيئات للموظف أو المستخدم... أو للأرامل أو الأيتام أو لغيرهم

لسنة ١٩٦٢ على عدم اعتبارها تركة فجرى النص على أن: « تصرف بالكامل إلى من صرفت إليهم المبالغ المشار إليها فى المادتين ١ و٢ ما يكون قد تجمد من مبالغ استحقت للمتوفى قبل وفاته ولم تصرف إليه خلال حياته ولا تعتبر تلك المبالغ تركة».

وطبقا للفقرة الأولى من المادة الأولى يجوز الحجز على الأجور والمرتبات والمعاشات وما فى حكمها بالنسبة للعاملين بالخدمة أو المحالين منهم إلى المعاش على ربع مستحقاتهم المذكورة بالنص وفاء لنوعين من الديون:

الأول: ديون النفقة المقررة المحكوم بها قضائيا، وهى نفقة الأزواج والأصول والفروع والحواشى. فيشترط أن يكون قد صدر حكم بالنفقة المقررة، فلا يكفى الاتفاق عليها فى عقد رسمى، ولكنها لا تشمل النفقة الوقتية التى يقضى بها ريثما يقضى فى أصل الحق والتى تصدر عادة فى دعاوى الحساب.

الثانى: الديون المستحقة للحكومة أو الجهة التابع لها العامل بسبب يتعلق بتأدية عمله، أو لاسترداد ما صرف منها بغير وجه حق، كما لو صرف للعامل بدل من أى نوع دون وجه حق.

= من المستحقين بطريق مباشر بوصفها معاشا أو مكافأة. لما كان ذلك، وكان الثابت فى الدعوى أن مورث المطعون عليهم عدا الأولى قد أنهيت خدمته لعدم لياقته الطبية وسويت مكافأته عن مدة خدمته ورصدت لحسابه حال حياته إلا أن المورث المذكور توفى قبل أن يقبضها ثم وقع الحجز عليها بناء على طلب الطاعنة تحت يد المطعون عليها الأولى وكانت صفة المكافأة تظل لاصقة بالمبلغ الذى استحقه الموظف طالما كانت هذه المبالغ تحت يد الجهة الحكومية أثناء حياته فإذا ما توفى أصبح المبلغ تركة توزع على ورثته الشرعيين وتزول تبعا لذلك الحصانة التى أضفاها القانون عليه- لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه على خلاف هذا النظر استنادا إلى قوله إن «حادث الوفاة لا يمكن أن يغير وصف المبلغ الذى كان مستحقا للموظف أو للمستخدم كمرتب أو مكافأة ولا أن يخرجه من هذا الوصف إلى وصف آخر يترتب عليه حرمانه من الحصانة التى أسبغها عليه القانون ١١١ لسنة ١٩٥١» يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه».

وإذا تزاحم الدينان كانت الأولوية لدين النفقة، فيستوفى دين النفقة أولا فإذا تبقى شيء من ربع المبالغ المذكورة يستوفى منها دين الحكومة.

أما إذا تعلق الأمر بالمبالغ المستحقة لغير العامل ، كما هو الحال بالنسبة لمعاش أرملته أو أولاده فإن الحجز لا يكون إلا وفاء لنوع واحد من الديون هو دين النفقة المحكوم بها على هذا المستحق، ويكون ذلك في حدود ربع مستحقاته.

والعلة من تقييد الحجز على مرتبات وأجور ومستحقات العاملين سالفي الذكر وما في حكمها، هي أصلا الرأفة بالعامل وأفراد أسرته الذين يعتمدون على مرتبه أو معاشه، فضلا عن أنه في اطمئنان العاملين بالحكومة وهيئاتها ضمان لحسن الإدارة العامة[1].

فليست علة تقييد الحجز – كما يذهب البعض[2]– هي فقط رعاية المصلحة العامة في حسن سير العمل الحكومي إذ لو كان الأمر كذلك لما ساوى المشرع بين مرتب العامل بالحكومة وهيئاتها، وبين أجر العامل بالقطاع الخاص كما سنرى تفصيلا.

٢٣٩- تعديل القانون رقم ١١١ لسنة ١٩٥١ بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية[3]:

نصت المادة ٧٦ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم

(١) فتحي والي التنفيذ الجبري القضائي والإداري ١٩٨٠ ص١٩٨ – عبد المنعم حسني منازعات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية ١٩٨٨ ص٩٦– الدكتور أحمد أبو الوفا إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية الطبعة التاسعة ١٩٨٦ص٣٠٠.

(٢) محمد حامد فهمي مذكرات في التنفيذ ١٩٤٤–١٩٤٥ ص٩٠ – رمزي سيف ص١٩٥.

(٣) الجريدة الرسمية العدد ٤ (مكرر) في ٢٩ يناير سنة ٢٠٠٠.

بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية على أن :

«استثناء مما تقرره القوانين فى شأن قواعد الحجز على المرتبات أو الأجور أو المعاشات وما فى حكمها، يكون الحد الأقصى لما يجوز الحجز عليه منها وفاء لدين نفقة أو أجر أو ما فى حكمها للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الوالدين فى حدود النسب الآتية:

(أ) ٢٥ ٪ للزوجة أو المطلقة، ، وتكون ٤٠ ٪ فى حالة وجود أكثر من واحدة.

(ب) ٢٥ ٪ للوالدين أو أيهما.

(ج) ٣٥ ٪ للولدين أو أقل.

(د) ٤٠ ٪ للزوجة أو المطلقة ولولد أواثنين والوالدين أو أيهما.

(هـ) ٥٠ ٪ للزوجة أو المطلقة و أكثر من ولدين والوالدين أو أيهما .

وفى جميع الأحوال لايجوز أن تزيد النسبة التى يجوز الحجز عليها على (٥٠ ٪) تقسم بين المستحقين بنسبة ماحكم به لكل منهم»(١) .

---

(١) وكانت المادة الرابعة من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن تعديل بعض أحكام النفقات (الملغى) تنص على أن :

« استثناء مما تقرره القوانين فى شأن قواعد الحجز على المرتبات أو الأجور أو المعاشات وما فى حكمها يكون الحد الأقصى لما يجوز الحجز عليه منها وفاء لدين مما نص عليه فى المادة (١) من هذا القانون فى حدود النسب الآتية :

(أ) ٢٥ ٪ للزوجة أو المطلقة، وفى حالة وجود أكثر من واحدة يوزع هذا القدر بينهن بنسبة ما حكم به لكل منهن.

(ب) ٣٥ ٪ للإبن الواحد أو أكثر على أن يوزع بينهم بنسبة ماحكم به لكل منهم.

(جـ) ٤٠ ٪ للزوجة أو المطلقة والإبن الواحد أو أكثر أو الوالدين.

وفى جميع الأحوال لايجوز أن تجاوز النسبة التى يجوز الحجز عليها ٤٠ ٪ أيا كان دين النفقة المحجوز من أجله ».

والديون التى نصت عليها المادة (١) المشار إليها هى نفقة الزوجة أو المطلقة أو الأبناء أو الوالدين.

كمـا نصت المادة ٧٧ من القـانون على أن : « فى حـالة التـزاحم بين الديون تكون الأولوية لدين نفـقة الزوجة أو المطلقة، فنفـقة الأولاد، فنفـقـة الوالدين ، فنفقة الأقارب، ثم الديون الأخرى»[١].

والمادة ٧٦ بصريح نصها جاءات استثناء مما تقرره القوانين فى شأن قواعد الحجز على المرتبات أو الأجور أو المعاشات وما فى حكمها ، ومن ثم فإنها تكون قـد جـاءت استـثناء من أحكام القـانون رقـم ١١١ لسنة ١٩٥١ (المعدل) ، إذ تضمنت أحكاما معدلة له.

ونعرض للتعديلات *الواردة* بالمادتين ٧٦، ٧٧ سالفتي *الذكر* علي *النحو التالي* :

١ – رفعت المادة ٧٦ النسبة التى يجوز الحجز عليهـا من المرتبات أو الأجور أو المعاشات وما فى حكمها وفاء لدين مما نص عليه فى المادة ، وهو دين نفقة أو أجر الزوجة أو المطلقة والأولاد والوالدين.

والمقصود بالأولاد والوالدين ، هم الفروع مهمانزلوا والأصول مهما علوا لأن ولد الإبن ابن ، والأجداد والجدات آباء وأمهات وإن بعدوا، كما أن سبب نفقة الأولاد والوالدين هو الجزئية، والجزئية متوافرة فى كالة الفروع والأصول، ويدل على ذلك آيات من القرآن الكريم فقد قال تعالى فى سورة

---

(١) وكانت المادة الثامنة من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ مطابقة لها فقد نصت على أن: « فى حالة التزاحم بين الديون تكون الأولوية لدين نفـقـة الزوجةأو المطلقة فنفقة الأبناء فنفقة الوالدين فنفقة الأقارب ثم الديون الأخرى».

النساء (الآية ١١) : ﴿ يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين﴾ فيدخل فيهم ولد البنين ، وقوله تعالى فى سورة النساء (الآية ١١): ﴿ولأبويه لكل واحد منهما السدس عما ترك، إن كان له ولد﴾، وقوله تعالى فى سورة الحج (الآية ٧٨) : ﴿ ملة أبيكم إبراهيم، هو سماكم المسلمين من قبل﴾ فهو سبحانه وتعالى قد سمى إبراهيم أبا مع أنه جد بعيد جدا.

والنسبة التى حددتها المادة كالآتى :

(أ) ٢٥ ٪ للزوجة أو المطلقة ، وفى حالة وجود أكثر من زوجة أو أكثر من مطلقة تكون النسبة ٤٠ ٪ لهن جميعا.

(ب) ٢٥ ٪ للوالدين معا أولأيهما.

(جـ) ٣٥ ٪ للولدين أوالولد الواحد.

(د) ٤٠ ٪ للزوجة أو المطلقة ولولد أو اثنين والوالدين أو أيهما.

(هـ) ٥٠ ٪ للزوجة أو المطلقة وأكثر من ولدين والوالدين أو أيهما.

٢- أن المادة ٧٦ نصت فى فقرتها الأخيرة على أنه فى جميع الأحوال لايجوز أن تزيد النسبة التى يجوز الحجز عليها على (٥٠ ٪) تقسم بين المستحقين بنسبة ماحكم به لكل منهم.

فإذا كان محكوما بالنفقة لزوجتين وأكثر من ولدين ووالدين أو أيهما تكون النسبة التى يجوز الحجز عليها هى ٥٠ ٪ فقط وتوزع عليهم بنسبة ماحكم به لكل منهم. بالرغم من أن الزوجتين يجوز لهما الحجز على نسبة تصل إلى ٤٠ ٪ طبقا للبند (أ) من المادة ٧٦.

٣- لم تتناول المادة ٧٦ النسبة التى يجوز الحجز عليها لنفقة الأقارب من الحواشى - كما فعلت المادة الرابعة من القانون رقم ٦٢ لسنة١٩٧٦ (الملغى)- ، ومن ثم فإن النسبة التى يجوز حجزها هى النسبة المحددة بالقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٥١ (المعدل). وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ (الملغى) عن ذلك.

« ومن البديهى أنه فى غير حالات التنفيذ التى عرضت لها المادة المذكورة تظل نسبة الربع هى الحد الأقصى لمايجوز الحجز عليه وفقا لما تقرره التشريعات السارية بالنسبة لسائر الديون التى يجوز الحجز من أجلها» .

٤- أن المادة ٧٧ أوضحت الحكم فى حالة التزاحم بين الديون المشار إليها فى المادة ٧٦ وكذلك بالنسبة للديون الأخرى، فجعلت الأولوية لدين نفقة الزوجة أو المطلقة ، فنفقة الأولاد، فنفقة الوالدين ، فنفقة الأقارب ، ثم الديون الأخرى.

وقد راعى المشرع فى ذلك مراتب ديون النفقات المقررة شرعا من حيث القوة وأولويتها على سائر الديون الأخرى.

٢٤٠- ثانيا : المادة ٤١ من القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ (المعدل) بإصدار قانون العمل:

تنص المادة ٤١ من القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ (المعدل) بإصدار قانون العمل على أن :

« لايجوز الحجز أو النزول عن الأجور المستحقة للعامل بالنسبة للتسعة الجنيهات الأولى شهريا أو الثلاثين قرشا الأولى يوميا إلا فى حدود الربع

وذلك لدين نفقة أو لأداء المبالغ المستحقة عما تم توريده له ولمن يعوله من مأكل وملبس أما مازاد على ذلك فيجوز النزول عنه أو الحجز عليه من أجل أى دين بما لا يزيد على الربع وعند التزاحم يقدم دين النفقة.

وتسرى الأحكام المتقدمة على المبالغ المستحة للعامل طبقاً لأحكام هذا القانون.

وفى حالة اقتطاع جزء من أجر العامل طبقاً لأحكام هذا الفصل يحسب الجزء القابل للنزول عنه أو الحجز عليه منسوباً إلى ما يبقى من الأجر بعد طرح المبالغ المقتطعة منه» .

وهذه المادة تسرى على العمال الخاضعين لأحكام قانون العمل رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١(المعدل).

وقد عرفت المادة الأولى من هذا القانون العامل بأنه كل شخص طبيعى يعمل لقاء أجر لدى صاحب عمل وتحت إدارته أو إشرافه، كما نصت المادة ٢٩ الورادة بالباب الثالث الخاص بعلاقات العمل الفردية الذى تضمن المادة (٤١) على أن تسرى أحكام هذا الباب على العقد الذى يتعهدبمقتضاه عامل بأن يعمل لدى صاحب العمل وتحت إدارته أو إشرافه لقاء أجر أيا كان نوعه.

وقد استثنت المادة الثالثة من القانون من سريان احكامه:

(أ)- العاملين بالجهاز الإدارى للدولة ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة فيما عدا الأحكام الواردة بالباب الخامس من هذا القانون(السلامة والصحة المهنية) وما يصدر به قرار من رئيس الجمهورية.

(ب)- عمال الخدمة المنزلية ومن فى حكمهم.

(جـ) أفراد أسرة صاحب العمل وهم الزوج أو الزوجة وأصوله وفروعه الذين يعولهم فعلا[١].

وقد قصد المشرع من وضع تنظيم خاص للحجز على أجور العمال الخاضعين لأحكام قانون العمل، منحهم حماية من دائنيهم. وذلك وصولا إلى كفالة العيش الكريم لهم، وهو ما يؤدى فى ذات الوقت إلى حسن سير العمل.

وتسرى الأحكام الواردة بالمادة على العاملين بالشركات الخاضعة للقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ بإصدار قانون شركات قطاع الأعمال العام، عملا بالفقرة الثالثة من المادة ٤٨ من هذا القانون التى تقضى بأن: « كما تسرى أحام قانون العمل على العاملين بالشركة فيما لم يرد بشأنه نص خاص فى هذا القانون أو اللوائح الصادرة تنفيذا له ».

قواعد الحجز على الأجور طبقاً لأحكام المادة:

قسمت المادة أجر العامل من حيث جواز الحجز عليه إلى شريحتين ووضعت لكل من الشريحتين أحكاماً خاصة. ونعرض لهذه الأحكام فيما يأتى:

٢٤١- أولا: الشريحة الأولى:

تتكون هذه الشريحة من ربع تسعة الجنيهات الأولى من أجر العامل، إذا كان يتقاضى راتبه مشاهرة.

ومن ربع الثلاثين قرشا الأولى من أجر العامل، إذا كان يتقاضى أجره بالمياومة.

---

(١) راجع فى التفصيل مؤلفنا مدونة الفقه والقضاء فى قانون العمل الجديد الجزء الأول الطبعة الثانية ١٩٩١.

أى أن هذه الشريحة تكون فى كافة الأجور مهما بلغ حدها الأقصى ٢١٥ قرش إذا كان العامل يتقاضى راتبه مشاهرة، ومبلغ سبعة قروش ونصف إذا كان العامل يتقاضى أجره بالميـاومة.

والشريحة الأولى هذه لا يجوز الحجز عليها إلا لنوعين من الديون. دين النفقة، ودين ما تم توريده للعامل ولمن يعوله من مأكل وملبس، ولا يجوز الحجز عليها لأى دين آخر.

وقد رفع القانون الجديد الحد الأدنى من أجر العامل الذى لا يجوز الحجز عليه، إلا للدينين سالفى الذكر عما كان عليه فى قوانين العمل السابقة، لما رآه من أن القدر المذكور هو الحد الأدنى من الأجر اللازم لمعيشة العامل والذى يتمشى مع زيادة الأجور وارتفاع الأسعار[١].

والمقصود بالنفقة، النفقة المستحقة للزوجة أو المطلقة أو للأقارب، سواء كانوا من الأصول أو الفروع أو الحواشى.

ويستوى أن يكون السند التنفيذى بالنسبة لها حكماً أو عقداً رسمياً، ذلك أن النص لم يشترط أن تكون النفقة محكوماً بها[٢].

والمقصود بدين ما تم توريده للعامل ولمن يعوله من مأكل وملبس، هو ثمن ما تم توريده للعامل ولمن يعوله من مأكل وملبس فقط، فلا يشمل هذا الدين الحاجات الضرورية الأخرى، كالأدوية أو التدفئة أو التهوية أو أى نوع من الخدمات التى يحتاج إليها العامل.

---

(١) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون.

(٢) الدكتور فتحى والى ص١٩٣ هامش (٨).

ولا يشمل هذا الدين ثمن المأكل والملبس، إلا إذا كان التوريد ممن يتجرون في ذلك، فلا يشمل المأكل والملبس الذى يورده صديق أو جار لا يتجر.

وإذا كان التوريد من أحد التجار فإن الدين يخضع لحكم النص ولو كان هذا التاجر غير مقيد في السجل التجارى ولا يؤدى ضريبة الدخل على الأرباح التجارية[١].

ويشترط أن يكون توريد المأكل والملبس لاستهلاكهما لا للاتجار فيهما، وأن يكون توريدهما لاستعمال المدين شخصياً أو لاستعمال من يعولهم. فيشمل ذلك ما تم توريده لاستعمال زوج العامل وأولاده الذين يعولهم ولو كانوا بالغين، أو لاستعمال خدمه الذين التزم مأكلهم وملبسهم، أو لاستعمال والديه وأقاربه الذين يضطلع هو بتقديم المأكل والملبس لهم عيناً. أما أولاده البالغون الذين يعولون أنفسهم أو زوجته وأقاربه الذين يستحقون نفقة منه فلا يكون ثمن توريدات المأكل والملبس الخاصة بهم خاضعة لحكم النص[٢].

---

(١) الدكتور عبد الرازق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء العاشر ص٩٦١ – الدكتور سليمان مرقس التأمينات العينية الطبعة الثانية ١٩٥٩ ص٥٥٦ وما بعدها.

(٢) السنهورى ص٩٦١ وما بعدها – سليمان مرقس ص٥٥٧.

٢٤٢- تقديم دين النفقة :

كانت المادة ٥٢ من القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ (الملغى) المقابلة لنص المادة (٤١) من القانون الحالى تنص فى فقرتها الأولى على أن «لايجوز الحجز أو النزول عن الأجور المستحقة للعامل بالنسبة إلى الثلاثة الجنيهات الأولى أو الثلاثين ليرة الأولى شهرياً أو العشرة قروش الأولى أو الليرة الواحدة يومياً إلا فى حدود الربع وذلك لدين نفقة أو لأداء المبالغ المستحقة عما تم توريده له ولمن يعوله من مأكل وملبس. أما مازاد على ذلك فيجوز النزول عنه أو الحجز عليه من أى دين بما لا يزيد على الربع» ثم أردفت فى فقرتها الثانية أنه: «ويستوفى دين النفقة قبل دين المأكل والملبس»، وكان الواضح من هذه الصياغة أن المادة جعلت لدين النفقة الأفضلية على دين المأكل والملبس فى حدود الشريحة الأولى من أجر العامل، بحيث إذا لم تكن هذه الشريحة كافية للوفاء بالدينين معاً، قدم دين النفقة إلا أن صياغة المادة ٤١ من القانون الحالى توحى بأن أولوية دين النفقة قد تقررت إزاء جميع الديون الأخرى وترد على الشريحة الثانية من الأجر، وليس فقط إزاء دين المأكل والملبس فى نطاق الشريحة الأولى، لأن المشرع بعد أن نص على شريحتى الأجر الجائز الحجز عليهما فى الفقرة الأولى من المادة أردف فى نهاية الفقرة «وعند التزاحم يقدم دين النفقة».

ونرى أن ما توحى به هذه الصياغة جاء نتيجة عيب فيها، وأن المشرع لم يقصد مخالفة الحكم الذى كان منصوصاً عليه فى المادة ٥٢ من القانون

رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ الملغى، وهو أن أولوية دين النفقة تكون على دين المأكل والملبس فى نطاق الشريحة الأولى من الأجر فقط[١].

٢٤٣- ثانياً: الشريحة الثانية :

هذه الشريحة تتمثل فى ربع الباقى من أجر العامل بعد خصم تسعة الجنيهات الأولى إذا كان الأجر مشاهرة والثلاثين قرشا الأولى إذا كان الأجر بالمياومة. فإذا كان العامل يتقاضى أجراً شهرياً قدره ٦٣ جنيهاً فإنه لاحتساب هذه الشريحة بالنسبة له، يستنزل من الأجر تسعة جنيهات فيكون الباقى ٥٤ جنيهاً وتكون الشريحة الثانية عبارة عن ربع هذا الباقى أى ١٣,٥٠٠ جنيهاً وهو ما يجوز عليه الحجز.

وهذه الشريحة يجوز الحجز عليها من أجل أى دين على العامل، ولا شك أنه يدخل فى هذه الديون دين النفقة ودين ما تم توريده للعامل ولمن يعوله من مأكل وملبس رغم دخولهما فى الشريحة الأولى أيضا[٢]، ومن ثم إذا لم تف الشريحة الأولى من الأجر بهذين الدينين فإنه يجوز استيفاؤهما من الشريحة الثانية، إلا أنه كما أسلفنا لا توجد أى أفضلية لدين النفقة على الديون التى تستوفى من الشريحة الثانية.

---

(١) من هذا الرأى جمال زكى عقد العمل فى القانون المصرى الطبعة الثانية ١٩٨٢ ص٧٦٣ وما بعدها – على عوض حسن الوجيز فى شرح قانون العمل الجديد ١٩٨٢ ص٢١٨.

(٢) فى هذا المعنى أحمد شوقى عبدالرحمن شرح قانون العمل والتأمينات الاجتماعية ١٩٧٦ ص١٤٦.

٢٤٤- سريان النسبة الجائز الحجز عليها على المبالغ المستحقة للعامل طبقاً للقانون :

يسرى التحديد الذى وضعته المادة للنسبة الجائز الحجز عليها من أجر العامل على المبالغ الأخرى المستحقة للعامل طبقاً لأحكام قانون العمل.

وكانت المواد المقابلة للنص الحالى فى قوانين العمل السابقة تشير إلى المواد التى تقرر حقوق العامل الأخرى والتى يسرى عليها هذا التحديد، أما النص الحالى فقد تركها مطلقة.

ومن أمثلة المبالغ المستحقة للعامل طبقاً للقانون والتى تقصدها المادة، بدل الإنذار وبدل الإجازات. كما يدخل فى هذه المبالغ التعويض المستحق للعامل بسبب إنهاء عقده بلا مبرر وذلك على عكس الحال فى القانون الملغى إذ لم تشر المادة (٥٢) إلى المادة (٧٤) التى تنص على هذا التعويض[١].

---

(١) وقد ذهب رأى فى الفقه – له وجاهته – أنه رغم عمومية نص الفقرة الثانية من المادة (٤١) التى تمد الحماية المقررة للأجور إلى المبالغ الأخرى المستحقة للعامل طبقاً لأحكام هذا القانون. إلا أن الذى ينطبق من أحكامها على هذه المبالغ هو فقط الحكم الخاص بعدم جواز الحجز عليها إلا فى حدود الربع من أجل أى دين، أما تحصين مبلغ تسعة الجنيهات الأولى شهرياً ومبلغ الثلاثين قرشاً الأولى يومياً من الحجز فلا ينطبق إلا على الأجور، دون سائر المبالغ الأخرى التى لا تؤدى شهرياً أو يومياً، ولا تتوافر بالنسبة لها الحكمة من التحصين (محمد لبيب شنب، شرح قانون العمل الطبعة الثالثة ١٩٧٦ ص٣٧١ هامش (١٥٢).

٢٤٥- تحديد الأجر الذى يحسب منه القدر الجائز الحجز عليه :

الأجر الذى يحسب منه القدر الجائز الحجز عليه، هو الأجر الفعلى الذى يقبضه العامل لا الأجر الإسمى المتفق عليه، لأن الأجر الفعلى قد يزيد أو ينقص عن الأجر الإسمى، كأن يزيد بسبب العمل الإضافى أو ينقص بسبب التغيب فترة عن العمل أو وقف العامل مثلاً.

ويضاف إلى الأجر ملحقاته كالعمالة والنسب المئوية والمنح[1].

وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة على أنه «فى حالة اقتطاع جزء من أجر العامل طبقاً لأحكام هذا الفصل يحسب الجزء القابل للنزول عنه والحجز عليه منسوباً إلى ما يتبقى من الأجر بعد طرح المبالغ المقتطعة». ومفاد ذلك أنه لا يدخل فى الأجر الذى يحسب منه القدر جائز الحجز، ما يقتطع منه طبقاً لأحكام قانون العمل مثل الغرامات التى يوقعها صاحب العمل طبقاً للمادتين ٥٩، ٦٠ وتعويض الإتلاف المنصوص عليه فى المادة ٦٨، واستيفاء القروض المنصوص عليها فى المادة ٤٠.

أما اشتراك النقابة الذى يقتطعه صاحب العمل من أجر العامل لحساب

---

(١) فتحى عبدالصبور - الوسيط فى قانون العمل الطبعة الأولى ١٩٦١ ص١٩٣ وما بعدها - محمد لبيب شنب ص٣٧١ - إهاب إسماعيل شرح قانون العمل والتأمينات الاجتماعية ١٩٧٦ ص٣٣١.

النقابة فلا يستبعد من الأجر قبل تحديد الجزء القابل للحجز، لأنه غير مقرر بمقتضى قانون العمل بل بمقتضى القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٦ (المعدل) بإصدار قانون النقابات العمالية (م٥٢).

ويلاحظ أن عبارة «طبقاً لأحكام هذا الفصل» الواردة بالفقرة الثانية من المادة جاءت من قبيل السهو. وكان الأصح أن يقال «طبقاً لأحكام هذا القانون»، لأن الفصل المشار إليه هو (الفصل الثانى من الباب الثالث من قانون العمل) وهو خاص بالأجور، وليس فيه من حالات الاقتطاع من الأجر إلا حالة الاقتطاع استيفاء لقرض (م٤٠)، أما القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ فكان يحيط بجميع المبالغ التى تقتطع من العامل طبقاً لقواعد عقد العمل الفردى فى الفصل الثانى (الخاص بعقد العمل الفردى) من الباب الثانى، ولذلك كانت العبارة السابقة موجودة فى المادة ٣/٥٢ من ذلك القانون فنقلها الشارع إلى النص الجديد من قبيل السهو.

٢٤٦- حالة وفاة العامل :

إذا توفى العامل فإن مالم يقبضه من المستحقات السابقة قبل وفاته تعتبر تركه ولاتسرى عليها الحماية الواردة الواردة النص.

وهذا ما قضت به محكمة النقض بتاريخ ١٩٦٢/٦/١٤ فى الطعن رقم ٤٤١ لسنة ٢٦ ق- منشور بهامش بند ٢٠٤).

ولا انطباق هنا لحكم المادة الخامسة من القانون رقم ١ لسنة ١٩٦٢ التى لاتعتبر هذه المبالغ تركة.

(راجع بند ٢٣٨).

٢٤٧- عدم تعديل المادة ٤١ من القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ :

رأينا أن المادة ٧٦ من القانون رقم (١) لسنة٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية رفعت الحد الأقصى لما يجوز الحجز عليه من المرتبات أوالأجور أو المعاشات وما فى حكمها وفاء لديون النفقة عما هو مقرر في القانون رقم ١١١ لسنة ١٩٥١ المعدل)، ورأينا أن هذه المادة قد عدلت أحكام القانون المذكور فى هذا الشأن.

ورغم أن الحد الأقصى المذكور يزيد أيضا عما ورد فى المادة ٤١ من القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ ، إلا أن المادة ٧٦ من القانون رقم(١) لسنة ٢٠٠٠لم تعدل حكم المادة ٤١ من القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١، وبذلك تكون المادة الأخيرة مازالت باقية على أصلها، وسند ذلك أن نص المادة ٤١ نص خاص ينظم الحجز على الأجور والمبالغ المستحقة للعمال الخاضعين لأحكام قانون العمل رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ دون غيرهم من العاملين. أما نص المادة ٧٦ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ فهو نص عام يسرى على كافة العاملين سواء فى الحكومة ومصالحها وفروعها ، أو فى الهيئات العامة أو وحدات الإدارة المحلية أو هيئات وشركات العام أو شركات قطاع الأعمال

العام أو القطاع الخاص والقاعدة أن النص الخاص يقيد النص العام ولو كان الأخير لاحقا عليه[١].

أما المادة ٧٧ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ التى نصت على حكم التزاحم بين الديون، فهى نص عام، ولا يوجد بقانون العمل رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ نص يتعارض معه، ومن ثم فإن المادة المذكورة تسرى على المبالغ التى يحجز عليها بالتطبيق لنص المادة ٤١ من القانون الأخير[٢].

٢٤٨- ثالثا: حكم المادة ٣٠٩ من قانون المرافعات:

رأينا أن المادة ٣٠٩ مرافعات تنص على أنه: «لا يجوز الحجز على الأجور والمرتبات إلا بمقدار الربع وعند التزاحم يخصص نصفه لوفاء دين النفقة المقررة والنصف الآخر لما عداه من الديون».

وهذا النص يسرى على غير العاملين فى الحكومة أو فروعها بالتفصيل الوارد ببند (٢٣٨)، وعلى غير العمال الخاضعين لأحكام قانون العمل رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ (المعدل). وبالبناء على ذلك فإن النص يسرى على خدم

---

(١) وقد ذهبنا بالنسبة للمادة الأولى من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن تعديل بعض أحكام النفقات (الملغى) قبل إلغائه إلى أن هذه المادة لم تعدل أيضا المادة ٤١ من القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٨١.

المنازل ومن فى حكمهم وأفراد أسرة صاحب العمل وهم الزوج أو الزوجة وأصوله وفروعه الذين يعولهم فعلا[١].

والقدر الذى يجوز الحجز عليه من الأجر أو المرتب هو الربع، وذلك لاستيفاء أى دين، فالأمر ليس قاصراً على ديون معينة كما هو الحال بالنسبة لمرتبات العاملين فى الحكومة، أو العمال الخاضعين لأحكام قانون العمل.

على أنه إذا كان أحد الديون دين نفقة خصص نصف هذا الربع لدين النفقة والنصف الآخر لغيره من الديون.

وهذا الحظر لا يسرى على المستحقات الأخرى للعامل كالمكافأة أو التعويض أياً كان نوعها، فيجوز الحجز عليها دون ثمة قيد[٢].

كما لا تخضع لهذا القيد الأموال المستحقة للشخص إذا لم تكن أجراً أو مرتباً ومثال هذا، الأتعاب المستحقة للمحامين والأتعاب المستحقة للوكيل نظير قيامهم بأعمال لصالح الموكل.

(١) هذه المادة وإن كانت لاحقة للقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٥١ (المعدل) فى شأن عدم جواز توقيع الحجز على مرتبات الموظفين والمستخدمين أو معاشاتهم أو مكافآتهم أو حوالتها إلا فى أحوال خاصة، إلا انها لم تلغ القانون المذكور باعتباره قانوناً خاصاً والقاعدة أنه إذا تعارض قانون خاص مع قانون عام طبق القانون الخاص ولو كان القانون العام لاحقاً عليه. وكان مشروع قانون المرافعات يتضمن نصاً على أن: «العمل بالأحكام المتقدمة لا يخل بالقواعد المقررة أو التى تقرر فى القوانين الخاصة بشأن عدم جواز الحجز أو التنفيذ أو التنازل»، وقد حذفت اللجنة التشريعية بمجلس الأمة (مجلس الشعب الآن) هذا النص وعللت هذا الحذف فى تقريرها بقولها: «رأت اللجنة حذف المادة ٣٠٩ من المشروع اعتباراً بأن حكمها تقرره القواعد العامة دون حاجة إلى نص. فمن المسلم أن النص العام لا يمنع من تطبيق النص الخاص. وبالتالى فإن النصوص التى تقرر عدم جواز الحجز فى مجموعة المرافعات لا تخل بتطبيق النصوص الأخرى بشأن عدم جواز الحجز والتى ترد فى قوانين أخرى»، وقد أشارت المذكرة الإيضاحية أيضاً إلى أن تطبيق هذه المادة لا يخل بطبيعة الحال بالنصوص الواردة فى القوانين الخاصة والتى تضفى حماية على مرتبات بعض العاملين وأجورهم بما يختلف عن حكم هذا النص.

(٢) عزمى عبدالفتاح قواعد التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات ١٩٩١ ص٣٤٩.

٢٤٩- تعديل المادة ٣٠٩ مرافعات بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ :

لما كان القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية لاحقاً لقانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، فإن المادة ٧٦ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ تكون قد عدلت حكم المادة ٣٠٩ مرافعات، وتكون المادة الأولى المذكورة هى واجبة التطبيق فيما يتعلق بالقدر الجائز الحجز عليه لديون النفقة المنصوص عليها فيها.

(راجع فى التفضيل بند ٢٣٩)

كما يسرى على الديون المذكورة حكم المادة ٧٧ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠.

٢٥٠- هل تسرى قيود الحجز سالفة الذكر إذا فقدت المستحقات صفتها؟

الرأى الراجح فى الفقه أن قيود الحجز الواردة بالنصوص سالفة الذكر، لا تسرى إلا إذا ظلت المرتبات والأجور والمعاشات وما فى حكمها من المستحقات التى أشرنا إليها، محتفظة بصفتها هذه، وأنها تفقد هذه الصفة بمجرد قبضها أو تحويلها إلى البنك لأن

البنك يعتبر بمثابة وكيل عن العامل ومن ثم فانها تختلط فى هذه الحالة بسائر أمواله[1].

(١) الدكتور أحمد أبو الوفا ص٣٠٠ وما بعدها - الدكتورة أمينة النمر أحكام التنفيذ الجبرى وطرقه الطبعة الثانية ١٩٧١ ص٢٥٠ وما بعدها - عز الدين الدناصورى وحامد عكاز التعليق على قانون المرافعات الطبعة السابعة ١٩٩٢ ص١٢٩٩ - حسن كيرة، أصول قانون العمل الجزء الأول الطبعة الثانية ١٩٦٩ ص٤٥٤ - سعد حبيب شرح عقد العمل فى القانون الموحد ١٩٥٩ ص٣٣٦.

وهناك رأيان آخران فى هذه المسألة كالآتى:

الرأى الأول: يفرق بين حالتين **الحالة الأولى**: حالة ما إذا كان المبلغ المستحق للعامل قد اختلط بأموال أخرى له، كما لو كان قد أودعه فى حساب جار فى أحد البنوك (أو حوله إلى ذلك البنك لإيداعه فى حساب جار) يتضمن ايداعات ومسحوبات أخرى، ففى هذه الحالة لا تسرى أحكام الحجز الواردة بالمادة، ويجوز الحجز على هذا المبلغ طبقاً للقواعد العامة.

والحالة الثانية: حالة ما إذا كان المبلغ المستحق للعامل رغم تحويله إلى أحد المصارف، لا يزال محتفظاً بذاتيته ومتميزاً عن باقى أمواله كما لو كان قد أودعه فى حساب خاص لا يشتمل إلا على أجره أو مستحقاته الأخرى ولم يختلط بأموال أخرى له، ففى هذه الحالة تسرى عليه أحكام الحجز الواردة بالنص. (الدكتور عبدالباسط جميعى نظام التنفيذ فى قانون المرافعات ١٩٦٥/١٩٦٦ ص١٣٨ وما بعدها - محمد كمال عبدالعزيز تقنين المرافعات فى ضوء القضاء والفقه الطبعة الثانية ١٩٧٨ ص٥٩١).

٢٥١- جـزاء مخالـفة حكم تقييد الحجز على الأجور والمرتبات والمعاشات وما فى حكمها:

يترتب على مخالفة أحكام التشريعات السابقة التى تقيد الحجز على الأجور والمرتبات والمعاشات وما فى حكمها، بطلان الحجز الواقع على ما لا يجوز حجزه، والزام الحاجز بالتعويض ان كان له مقتض.

ويقتصر بطلان الحجز على القدر الذى لا يجوز حجزه، فيصح الحجز بالنسبة لما يجوز حجزه ويبطل فيما لا يجوز حجزه.

وقد خلصنا - فيما تقدم - إلى أن الشارع قصد أصلاً من تقييد الحجز على المرتبات والأجور والمعاشات وما فى حكمها، الرأفة

والرأى الثانى: يذهب إلى أن أحكام الحجز المذكورة تسرى على راتب العامل ومستحقاته الأخرى، ولو خرجت من تحت يد الجهات المشار إليها حتى لو قبضها العامل للإنفاق منها لأن الحكمة من الأحكام التى وضعها الشارع هى رعاية العامل المدين ولا يجب أن يكون العامل الذى يحول راتبه أو مستحقاته إلى بنك أو يقبضه، أقل رعاية من العامل الذى لا يقبض راتبه أو أجره أو مستحقاته.

ويكون المعيار هو مجرد التأكد من أن المبالغ التى يراد الحجز عليها هى مما يخضع للتنظيم الذى وضعه النص وليس غيرها من أموال العامل ويكون الفصل فى ذلك - عند الخلاف - لقاضى الموضوع. فتحى والى ص١٩٩ هامش (٤).

وهذا الرأى - فى نظرنا - هو ما يتفق وعلة تقييد الحجز الذى نص عليه الشارع، وما يتفق وقواعد العدالة أيضاً.

بالعامل وأفراد أسرته الذين يعتمدون عليها فى معيشتهم، أى حماية مصلحة خاصة لهؤلاء العاملين وأسرهم، والنظام العام ليس غريباً على حالات تقييد الحجز المتعلقة بالمصلحة الخاصة، فكل التنظيم القانونى يرمى إلى حماية النظام العام. وانما قد يصل القانون إلى هذه الغاية عن طريق حمايته مباشرة لمصالح شخص أو أشخاص معينين، وفى هذه الحالة يتعلق الأمر بالمصلحة الخاصة ولا يتعلق بالنظام العام إلا بطريق غير مباشر(١).

ولما كان تقييد الحجز على النحو السالف يحقق حماية لطائفة العاملين، وهى تمثل شريحة كبيرة فى المجتمع ولها أهميتها فى الانتاج القومى، فان هذه الحماية تؤدى إلى حماية المصلحة العامة، ومن ثم فان أحكام تقييد الحجز المذكورة - فى رأينا - تتعلق بالنظام العام.

وينبنى على ذلك أنه إذا عرضت إجراءات التنفيذ على القضاء كان لكل ذى شأن أن يتمسك ببطلانه، كما تقضى المحكمة بالبطلان من تلقاء نفسها(٢).

---

(١) فتحى والى ص٢١١.

(٢) ويذهب الفقهاء إلى أنه سواء كان عدم جواز الحجز يتعلق بالمصلحة الخاصة أو بالمصلحة العامة فإنه لا يجوز مقدماً الاتفاق بين الدائن والمدين - قبل بدء التنفيذ - على جواز التنفيذ على ما لا يجوز الحجز عليه، إذ لو سمح بهذا لفرض الدائن على مدينه مقدماً النزول عن حقه فى عدم جواز الحجز، ولحرم المدين عملاً من حماية القانون (والى ص٢١٢ - عبدالمنعم حسنى الحجز الادارى علماً وعملاً الطبعة الثانية ١٩٧٦ ص٩١) - وتطبيقاً لذلك قضى بأنه لا يجوز مقدماً الاتفاق على النزول عن عدم جواز الحجز على المرتبات (استئناف مختلط ١٨٩٦/٣/٢٥).

٢٥٢- حكم حوالة المرتبات والأجور والمعاشات وما فى حكمها وفاء لدين النفقة:

١- بالنسبة للعاملين فى الحكومة وفروعها والهيئات العامة ووحدات الإدارة المحلية وهيئات وشركات القطاع العام.

الأصل الوارد فى المادة ٣٠٤ مدنى أنه: «لا تجوز حوالة الحق إلا بمقدار ما يكون منه قابلاً للحجز»، فلا يجوز للدائن أن يحول حقه إلى الغير إلا فى الحدود التى يجوز فيها الحجز، حتى لا تتخذ الحوالة وسيلة للتحايل على قاعدة عدم القابلية للحجز بأن يحصل دائنه على حوالة منه بأكثر من القدر المسموح بالحجز غير أن الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم ١١١ لسنة ١٩٥١ (المستبدلة بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٧٥) المعمول به من تاريخ العمل بالقانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٧٣ خرجت على هذا الأصل وجرت على أن: «ومع ذلك تجوز الحوالة بالنسبة لهذه المبالغ دون الحجز عليها وفاء لأقساط التأمين على الحياة كما تكون الحوالة فيها جائزة فيما لا يجاوز ربع الباقى بعد الجزء الجائز الحجز عليه طبقاً لحكم الفقرة الأولى لأداء ما يكون مطلوباً للهيئات المذكورة أو للجمعيات التعاونية أو المحال التجارية المرخص لها فى البيع بالأجل للعاملين ثمناً لمشتريات تتصل بشئون المعيشة الضرورية لهم أو ما يستحق على أى منهم من رسوم ومصروفات دراسية أو رسم اشتراك فى جمعية تعاونية منشأة طبقاً للقانون أو ناد للموظفين أو للعمال أو جمعية أو مؤسسة خاصة منشأة طبقاً للقانون أو

للوفاء بالقروض التى تمنحها هذه الهيئات أو أقساط الاكتتاب فى أسهم الشركات المنشأة طبقاً للقانون أو بالأجرة المستحقة عن الأماكن المؤجرة للعاملين والمملوكة لأى من الجهات المشار إليها فى الفقرة الأولى، ويشترط لصحة الحوالة أن يصدر بها اقرار مكتوب من العامل وأن تقبلها الجهة التابع لها المحيل أو التى تتولى الصرف».

والذى يعنينا هنا أن الفقرة المذكورة وان أجازت حوالة المستحقات المشار إليها اما بصفة مطلقة أو فى الحدود التى بينتها وفاء للديون الواردة بها، بما يخالف الأصل المنصوص عليه بالمادة ٣٠٤ مدنى، إلا أنه ليس من بين هذه الديون دين النفقة، ومن ثم فان حوالة هذه المستحقات وفاء لدين النفقة يظل محكوماً بالقاعدة الواردة بالمادة الأخيرة.

٢- بالنسبة للعمال الخاضعين لأحكام القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ (المعدل) باصدار قانون العمل:

يسرى على الحوالة وفاء لدين النفقة بالنسبة للعمال الخاضعين لهذا القانون، ما يسرى بشأن العاملين والمستحقين عنهم الخاضعين لأحكام القانون رقم ١١١ لسنة ١٩٥١ (المعدل).

(راجع رقم ١ من هذا البند).

والملاحظ أيضاً أن المادة ٤١ من قانون العمل جاءت متفقة فى هذا الشأن مع الحكم المتقدم إذ ساوت بين القدر الجائز عليه من مستحقات العامل وبين ما يجوز حوالته.

٣- بالنسبة للعمال الخاضعين لحكم المادة ٣٠٩ مرافعات:

لم تتناول المادة ٣٠٩ مرافعات التى منعت الحجز على الأجور والمرتبات إلا بمقدار الربع، حكم حوالة الأجور والمرتبات وفاء الديون، ومن ثم فانه يسرى فى شأنها القاعدة المنصوص عليها فى المادة ٣٠٤ مدنى.

٢٥٣- إنشاء نظام لتأمين الأسرة:

تنص المادة ٧١ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية على أن :

«ينشأ نظام لتأمين الأسرة، من بين أهدافه ضمان تنفيذ الأحكام الصادرة بتقرير نفقة للزوجة أوالمطلقة أو الأولاد أو الأقارب ، يتولى الإشراف على تنفيذه بنك ناصر الاجتماعى.

ويصدر بقواعد هذا النظام وإجراءاته وطرق تمويله قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير التأمينات» .

والحكم الوارد بالمادة مستحدث وهو يقضى بإنشاء نظام لتأمين الأسرة ، ولم تنص المادة على كافة أهداف هذا النظام، وإنما ذكرت أن من بين أهدافه تنفيذ الأحكام الصادرة بتقرير نفقة للزوجة أوالمطلقة أوالأولاد أو الأقارب.

ويتولى الإشراف على تنفيذ هذا النظام بنك ناصر الاجتماعى

وقد فوض النص وزير العدل بعد موافقة وزير التأمينات فى إصدار قرار بقواعد هذا النظام وإجراءاته وطرق تمويله ،

ولم يصدر هذا القرار حتى تاريخ الطبع.

٢٥٤- التزام بنك ناصر الاجتماعي بأداء النفقات والأجور وما في حكمها المقضي بها :

تنص المادة ٧٢ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية على أن :

« على بنك ناصر الاجتماعى أداء النفقات والأجور وما فى حكمها مما يحكم به للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أوالوالدين، وذلك وفقا للقواعد والإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير التأمينات» .

فقد ألزم النص بنك ناصر الاجتماعى – وهو هيئة عامة– بأداء النفقات والأجور وما فى حكمها المحكوم بها للزوجة أو المطلقة أوالأولاد أوالوالدين ، ويدخل فى ذلك النفقة المؤقتة وذلك وفقا للقواعد والإجراءات التى يصدر بها قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير التأمينات.

ولايشمل هذا الإلزام نفقة الأقارب من الحواشي. ويسرى الالتزام بالنسبة لكافة المحكوم لهم من الطوائف السابقة، وكامل المبلغ المقضى به.

وفى هذا يختلف النص عن نص المادة الثالثة من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ (الملغى) التى نصت على أن يكون وفاء بنك ناصر فى هذا الشأن فى حدود المبالغ التى تخصص لهذا الغرض[(١)].

وفى هذا جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون أن من ضمن أحكامه « إعادة تنظيم أداء بنك ناصر الاجتماعى للنفقات والأجور وما فى حكمها فقد ناط المشروع بهذا البنك أداء ما يحكم به من ذلك للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الوالدين - وفقا للقواعد والحدود والضوابط التى يصدر بها قرار من وزير العدل، بعد موافقة وزير التأمينات والشئون الاجتماعية».

وكان القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن تعديل أحكام بعض النفقات يجعل وفاء البنك بهذه الديون فى حدود المبالغ التى تخصص لهذا الغرض ....الخ».

---

(١)فكانت هذه المادة تنص على أن : « على بنك ناصر الاجتماعى وفاء الديون المستحقة للزوجة أوالمطلقة أو الأبناء أو الوالدين مما نص على فى المادة (١) من هذا القانون متى طلب المحكوم له ذلك وقدم الصورة التنفيذية للحكم أوالأمر وما يدل على تمام الإعلان ، وذلك من أحد فروعه أو من الوحدة التابعة لوزارة الشئون الاجتماعية التى يحيل إليها البنك المبالغ المحكوم بها.

ويكون وفاء البنك بهذه الديون فى حدود المبالغ التى تخصص لهذا الغرض».

ولم يشترط النص أن يكون الحكم الصادر بالنفقة والأجور وما فى حكمها نهائيا ، وعلة ذلك أن الأحكام المذكورة واجبة النفاذ بقوة القانون بلا كفالة.

ولم يصدر هذا القرار حتى تاريخ الطبع.

استيفاء بنك ناصر الاجتماعي لمبالغ النفقة المحكوم بها :

حتى يتمكن بنك ناصر الاجتماعى من استيفاء مبالغ النفقة المحكوم بها والتى يلتزم بالوفاء بها إلى مستحقيها سواء كان المحكوم عليه من أصحاب الأجور أو المرتبات أو المعا شات أو ما فى حكمها أو كان من غيرهم فقد وضع القانون نظاماً مبسطاً ميسراً لاستيفاء البنك لهذه الديون، نعرض له فيما يلى :

٢٥٥- أولاً : بالنسبة للمحكوم عليهم من أصحاب المرتبات والأجور والمعاشات وما في حكمها :

تنص المادة ٧٣ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ على أن : « على الوزارات والمصالح الحكومية ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة ووحدات القطاع العام وقطاع الأعمال العام وجهات القطاع الخاص والهيئة القومية للتأمين الاجتماعى وإدارة التأمين والمعاشات للقوات المسلحة والنقابات المهنية وغيرها من جهات أخرى، بناء على طلب من بنك ناصر الاجتماعى مرفق

به صورة طبق الأصل من الصورة التنفيذية للحكم وما يفيد تمام الإعلان أن تقوم بخصم المبالغ فى الحدود التى يجوز الحجز عليها وفقا للمادة (٧٦) من هذا القانون من المرتبات وما فى حكمها والمعاشات وإيداعها خزانة البنك فور وصول الطلب إليها ودون حاجة إلى إجراء آخر»[١].

ويشترط لتطبيق هذا النص ما يلى :

١ - أن يكون دين المحكوم له مما نص عليه فى المادة ٧٢ من القانون، وهو دين النفقة والأجور وما فى حكمها المقضى به للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الوالدين.

---

(١) وكان يقابل هذا النص فى القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ (الملغى) المادة السابعة التى تقضى بأن :

«على الوزارات والمصالح الحكومية ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة ووحدات القطاع العام وجهات القطاع الخاص والهيئة العامة للتأمين والمعاشات والهيئة القومية للتأمينات الاجتماعية وإدارة التأمين والمعاشات للقوات المسلحة والنقابات المهنية، بناء على طلب من بنك ناصر الاجتماعى مرفق به صورة طبق الأصل من الصورة التنفيذية للحكم أو الأمر وما يفيد تمام الاعلان أن تقوم بخصم المبالغ الجائز الحجز عليها وفقاً للمادة (٤) من هذا القانون وإيداعها خزانة البنك فور وصول الطلب إليها ودون حاجة إلى اجراء آخر».

٢- أن تكون مستحقات المحكوم ضده مما تختص بصرفه الجهات المذكورة بالمادة.

٣- أن يطلب بنك ناصر الاجتماعى من الجهات المذكورة خصم المبالغ جائزة الحجز وإيداعها خزانة البنك فور وصول الطلب إليها .

وأن يرفق بالطلب صورة طبق الأصل من الصورة التنفيذية للحكم الصادر بالنفقة النهائية أو النفقة المؤقتة وما يفيد تمام إعلانها.

ومن البديهى أنه إذا كان المبلغ المحكوم به يقل على الحد الأقصى لما يجوز خصمه أو الحجز عليه فان طلب البنك يكون محدداً بالمبلغ المقضى به.

وعندئذ تلتزم هذه الجهات بخصم المبالغ المذكورة وإيداعها خزانة البنك دون حاجة إلى إجراء آخر.

٢٥٦- ثانيا: بالنسبة للمحكوم عليهم من غير ذوى المرتبات أو الأجور أو المعاشات وما فى حكمها:

تنص المادة ٧٤ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠[١] على أنه: « إذا كان المحكوم عليه من غير ذوى المرتبات أو الأجور أوالمعاشات وما فى حكمها، وجب عليه أن يودع المبلغ المحكوم به خزانة بنك ناصر الاجتماعى أو أحد فروعه أو وحدة الشئون الاجتماعية الذى يقع محل إقامته فى دائرة أى منها فى الأسبوع الأول من كل شهر متى قام البنك بالتنبيه عليه بالوفاء».

وهذا النص يسرى على غير ذوى المرتبات أو الأجور أو المعاشات وما فى حكمها، فيشمل التجار والمزارعين وأصحاب المهن الحرة والحرف... الخ.

ولا يلزم أن ينبه بنك ناصر شهرياً على المحكوم عليهم من هؤلاء بايداع دين النفقة المحكوم به وإنما يكفى أن ينبه البنك مرة واحدة على المحكوم عليه بأداء النفقة فى المدة المبينة بالحكم أو لحين إخطاره بانتهاء تنفيذ الحكم الصادر بالنفقة إذا لم يكن تاريخ انتهاء النفقة محددا بالحكم.

---

(١) وهى تقابل المادة الخامسة من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ (الملغى) التى كانت تنص على أن: « إذا كان المحكوم عليه بنفقة الزوجة أو المطلقة أوالأبناء أو الوالدين من غير ذوى المرتبات أوالأجور أوالمعاشات وما فى حكمها، وجب عليه أن يودع دين النفقة المحكوم به خزانة بنك ناصر الاجتماعى أوفروعه أو وحدة الشئون الاجتماعية الذى يقع محل إقامته فى دائرة أى منها فى الأسبوع الأول من كل شهر متى قام البنك بالتنبيه عليه بالوفاء».

وليس للتنبيه شكل خاص فيجوز أن يتم بكتاب مسجل أو بكتاب يسلم على سركى إلى المحكوم عليه يوقع عليه بما يفيد الاستلام.

٢٥٧- استيفاء بنك ناصر ما قام بأدائه :

نصت المادة ٧٥ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ على أن : « لبنك ناصر الاجتماعى استيفاء ما قام بأدائه من نفقات وأجور وما فى حكمها وجميع ماتكبده من مصاريف فعلية أنفقها بسبب امتناع المحكوم عليه عن أدائها» . فقد أجازت المادة لبنك ناصر الاجتماعى أن يستوفى من المحكوم عليه ما قام بأدائه من نفقات وأجور وما فى حكمها وجميع ما تكبده من مصاريف فعلية أنفقها بسبب امتناع المحكوم عليه عن أدائها.

٢٥٨- جزاء التوصل إلي الحصول علي أية مبالغ من بنك ناصر الاجتماعي بناء علي إجراءات أو ادلة صورية أو مصطنعة والتحصل علي مبالغ غير مستحقة :

تنص المادة ٧٩ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠على أن : « مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أى قانون آخر يعاقب بالحبس الذى لاتقل مدته عن ستة أشهر كل من توصل إلى الحصول على أية مبالغ من بنك ناصر الاجتماعى نفاذا لحكم أولأمر صدر استنادا إلى أحكام هذا القانون بناء على إجراءات أو أدلة صورية أو مصطنعة مع علمه بذلك.

وتكون العقوبة الحبس الذى لاتزيد مدته على سنتين، لكل من تحصل من بنك ناصر الاجتماعى على مبالغ غير مستحقة له مع علمه بذلك مع إلزامه بردها» .

فهذه المادة تجرم فعلين :

الأول: التوصل إلى الحصول على أية مبالغ من بنك ناصر الاجتماعى نفاذا لحكم أو أمر صادر بالنفقة للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الوالدين. وذلك إذا صدر الحكم أو الأمر بناء على إجراءات أو أدلة صورية كأن يتواطأ الزوج مع زوجته على أن ترفع ضده دعوى نفقة ضده رغم أنه ينفق عليها تموينا ويصدر لها حكم بالنفقة ، أو أن يتواطأ مع والديه أو أحدهما على استصدار حكم ضده بالنفقة رغم يسارهما . أو أن يكون المحكوم له قد قدم مستندات غير صحيحة من صنعه عن حالته أو حالة المحكوم عليه المالية ، وصدر الحكم بناء عليها.

والدليل المصطنع غالبا ما تتوافر فيه جريمة التزوير أواستعمال محرر مزور. والعقوبة التى رصدتها المادة لهذا الفعل هى الحبس الذى لاتقل مدته عن ستة أشهر، والحد الأقصى للحبس طبقا للمادة ١٨ عقوبات ثلاث سنوات.

والثاني: التحصل من بنك ناصر الاجتماعى على مبالغ غير مستحقة مع علمه بذلك . ومثال ذلك أن يحصل المحكوم له من بك ناصر الاجتماعى على مبلغ النفقة رغم علمه بسابقة حصوله عليه من المحكوم ضده.

وعقوبة هذا الفعل الحبس الذى لاتزيد مدته على سنتين مع إلزامه برد المبالغ غير المستحقة .

ويكون الحد الأدنى للعقوبة الحبس ٢٤ ساعة (م١٨ عقوبات).

وواضح أن العقوبة المنصوص عليها لكل من الجريمتين لاتخل بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أى قانون آخر.

والشروع فى الجريمتين غير معاقب عليه، لأن كل منهما يشكل جنحة، ولاعقاب على شروع فى الجنح إلابنص (م٤٧ عقوبات).

ولنا على المادة سالفة الذكر ملحوظتان :

الملحوظة الأولي:

أنها نصت على العقوبة الواردة بالفقرة الأولى جزاء للتوصل إلى الحصول على أية مبالغ من بنك ناصر الاجتماعى نفاذا لحكم أو أمر صدر استنادا إلى أحكام هذا القانون بناء على إجراءآت أو أدلة صورية .... الخ.

رغم أن المادة ٧٢ من القانون ألزمت بنك ناصر الاجتماعي بأداء النفقات والأجور وما فى حكمها مما يحكم به ولم تشر إلى نفقات يصدر بها أمر.

ومن ناحية أخرى فإنه لم يعد من الجائز استصدار أمرعلى عريضة بالنفقة المؤقتة للزوجة أوالمطلقة أو الصغار منذ العمل بالقانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ (الملغى)، وبالنسبة للأبناء الكبار والوالدين منذ العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ الذى ألغى القانون الأخير.

(راجع فى التفصيل بند ١٧٩)

ويبدو أن المشرع نقل لفظ (لأمر) من المادة التاسعة من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ (الملغى) التى نصت على أن :

« مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أى قانون آخر يعاقب بالحبس كل من توصل إلى الحصول على أية مبالغ من بنك ناصر الاجتماعى نفاذا لحكم أو لأمر مما نص عليه فى هذا القانون صدر بناء على إجرادات أو أدلة صورية أو مصطنعة».

الملحوظة الثانية :

أن النص فرق فى عقوبة الرد، بين الجريمة الواردة بالفقرة الأولى من المادة والجريمة الواردة بالفقرة الثانية منها، فألزم الجانى بالرد فى الجريمة الأخيرة دون الأولى بدون مبرر لهذه التفرقة لأن الجانى فى الجريمتين يحصل على مبالغ غير مستحقة من بنك ناصر الاجتماع.

ملحق التشريعات

قرار وزير العدل

رقم (١٠٨٩) لسنة ٢٠٠٠

بقواعد وإجراءات أعمال الأخصائيين الاجتماعيين الملحقين بالمحاكم الابتدائية

وزير العدل

بعد الاطلاع على قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ .

وبناء على موافقة وزيرة التأمينات والشئون الاجتماعية.

قــرر

(مادة ١)

ينشأ بمقر كل محكمة مكتب للأخصائيين الاجتماعيين يخضع للإشراف المباشر لرئيسها.

ولرئيس المحكمةالابتدائية إنشاء مكاتب فرعية بمقار المحاكم الجزئية التابعة له ويسند الإشراف على أعمالها لقاضى المحكمةالجزئية.

(مادة ٢)

يعد سجل خاص بكل محكمة أنشئ بمقرها مكتب للأخصائيين الاجتماعيين لقيد المأموريات التى تعهد بها المحكمة لهم.

وتقيد المأمورية فى السجل بأرقام مسلسلة مع بداية كل عام قضائى، وتتضمن بيانات السجل ما يلى :

رقم الدعوى ، أسماء المدعين والمدعى عليهم ومحال إقامتهم ، تاريخ قرار المحكمة وملخص لمضمون القرار، اسم الأخصائى الاجتماعى المنتدب ، تاريخ استلام المأمورية وتوقيعه بالاستلام ، وتاريخ إيداع التقرير وعدد أوراقه وتوقيع مقدمه.

(مادة ٣)

يقوم رئيس المحكمة الابتدائية أو من يعهد إليه من قضاتها بمراجعة القيد فى السجل المبين بالمادة السابقة شهرياً، للوقوف على حسن سير العمل بمكتب الأخصائيين الاجتماعيين ، ووضع القواعد اللازمة لضبط العمل به.

ولرئيس المحكمة الابتدائية - عند اللزوم - أن يرفع مذكرة مسببة لوزير العدل باقتراح رفع اسم من يثبت عدم صلاحيته لأداء العمل من الأخصائيين الاجتماعيين.

(مادة ٤)

يعهد إلى كل من المبينة أسماؤهم بالكشوف المرافقة لقرار وزير العدل بإصدار قوائم الأخصائيين الاجتماعيين بالعمل كأخصائيين اجتماعيين بدوائر المحاكم الابتدائية المبينة قرين اسم كل منهم.

(مادة ٥)

تعهد المحكمة بالمأمورية للأخصائى الاجتماعى حسب دوره فى الترتيب الوارد بالكشف الخاص بها، وللمحكمة أن تعهد بالمأمورية لأخصائى بعينه دون التزام بهذا الترتيب إذا رأت ذلك لأسباب تقدرها.

(مادة ٦)

يتعين على الأخصائى الاجتماعى التواجد بالمكتب المشار إليه فى المادة

الأولى من هذا القرار خلال الأيام التى يحددها رئيس المحكمة الابتدائية ، وبصفة خاصة فى الأيام التى تنظر خلالها جلسات الأحوال الشخصية واليوم التالى لها، لإستلام الإخطارات الخاصة بالمأموريات التى تأمر بها المحكمة على أن يكون التواجد بمقار المحاكم الجزئية خلال تلك الأيام لاستلام إخطارات المأموريات أو إيداع التقارير بحسب الأحوال .

(مادة ٧)

يجب على أمين سر الدائرة إثبات اسم الأخصائى الاجتماعى الذى عهد إليه بمأمورية على غلاف ملف الدعوى ، ويوقع الأخصائى الاجتماعى فى السجل المبين فى المادة الثانية من هذا القرار بمايفيد اطلاعه على ملف الدعوى وتاريخ ذلك.

(مادة ٨)

يجب على الأخصائى الاجتماعى المبادرة بمباشرة المأمورية المكلف بها فور توقيعه على السجل المبين بالمادة الثانية من هذا القرار ، وأن يودع تقريره عنها فى موعد غايته عشرة أيام.

(مادة ٩)

على الأخصائى الاجتماعى أن يثبت فى تقريره كافة الإجراءات التى اتخذها فى سبيل مباشرة المأمورية، وملخص للحالة أو المسألة المعروضة عليه، وكافة ما تكشف له من خلال البحث، وخاصة مايتعلق بالأمور الآتية :

١- رقم الدعوى وأسماء أطراف الخصومة ورقم قيد المأمورية فى السجل وتاريخ استلامه لها.

٢- الحالة الاجتماعية لأطراف الخصومة ، وجنسياتهم ودياناتهم وعمل كل منهم.

٣- الحالة الاقتصادية لأطراف الخصومة.

٤- المستوى الثقافى و العلمى لأطراف الخصومة.

٥- بحث الحالة من حيث محل الإقامة وأوصافه والمستوى المعيشى والبيئة المحيطة.

٦- بحث المستوى الثقافى والعلمى لأبناء أطراف النزاع، ودور التعليم الملحقين بها والصف الدارسى ومستوى التحصيل ، وذلك من خلال الرجوع إلى المختصين بها وعن طريق الحديث المباشر دون توجيه مكاتبات فى هذا الخصوص.

٧- إن كان الأبناء ملتحقين بعمل يجب أن يثبت فى التقرير نوع هذا العمل وطبيعته ، وما إذا كانت حالتهم الصحية والعقلية من حيث المبدأ تتفق وطبيعة العمل من عدمه، والدافع لالتحاق الأبناء بهذه الأعمال.

٨- إن كان أحد أفراد الخصومة مريض بمرض مزمن أو عاهة جسدية أو عقلية تعين على الأخصائى إثبات ذلك فى تقريره، وما إذا كان يتلقى علاج من عدمه.

وعلى الأخصائى أن يضمن تقريره كافة مايتيح للمحكمة الوقوف على الواقع الفعلى لحياة أطراف الخصومة وأبنائهم . وأن يدعم ذلك بالمستندات المؤيدة قدر الإمكان بما فى ذلك التصوير الفوتوغرافى للمسكن- بعد الحصول على إذن المقيمين به- والمنطقة التى يقع بها، وكافة مايعبر بصدق عن الواقع الفعلى.

(مادة ١٠)

يحرر التقرير من نسختين متطابقتين ، وتوقع جميع أوراقه من الأخصائى الإجتماعى ، ويثبت فيه تاريخ انتهاء المأمورية وتاريخ إيداع التقرير، مع مراعاة الآتى :

١- تسلم نسخة من التقرير لقلم كتاب المحكمة بمعرفة الأخصائى القائم بالمأمورية ويوقع على السجل المبين بالمادة الثانية من هذا القرار بما يفيد إيداعه التقرير، كما يوقع على ملف الدعوى الصادر فيها المأمورية بما يفيد ذلك الإيداع وعدد أوراق التقرير المودع منه.

٢- يقوم أمين سر الدائرة بعد مطابقة نسخة التقرير المودعة على النسخة الأخرى بالتوقيع على كافة أوراقها ويعيدها للأخصائى الاجتماعى لإيداعها سجل المكتب المبين بالمادة الأولى.

٣- يقوم رئيس قلم كتاب محكمة الأحوال الشخصية المختص بالقيد فى السجل المبين بالمادة الثانية من هذا القرار، بختم أوراق نسخة التقرير، وتحفظ بالمكتب بعد إدراجها ضمن كشوف مسلسلة للرجوع إليها عند الضرورة.

(مادة ١١)

لوزير العدل أن يضم أخصائيين اجتماعيين للعمل بدوائر المحاكم الابتدائية بعد موافقة وزير التأمينات والشئون الاجتماعية ، وله أن يرفع اسم أى أخصائى اجتماعى من القوائم الخاصة بكل محكمة مع إخطار جهة عمله بذلك، وأن ينقل أيا منهم للعمل بدوائر محاكم ابتدائية أخرى لمصلحة العمل.

(مادة ١٢)

ينشر هذا القرار في الوقائع المصرية ويعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره.

صدر في ٦/٣/٢٠٠٠

وزير العدل

المستشار

(فاروق سيف النصر)

نموذج للتقرير

رقم القيد فى السجل : .... لسنة ٢٠٠٠

إسم الأخصائى الاجتماعى :

رقم الدعوى:............ لسنة ٢٠٠٠ أحوال

المدعى :........................ محل إقامته................

المدعى عليه :............ ..... محل إقامته : ....

تاريخ قرار المحكمة : / / ٢٠٠٠

طبيعة المأمورية : ....

....

تاريخ استلام المأمورية / / ٢٠٠٠

البحث

أولاً : ما يتعلق بأطراف الدعوى :

(أ)- المدعي

الجنسية	الديانة	السن	العمل	الحالة الاجتماعية	المستوي الثقافي	متوسط الدخل الشهري	ملاحظات
الأول							
الثانى							

(ب)- المدعي عليه

الجنسية	الديانة	السن	العمل	الحالة الاجتماعية	المستوي الثقافي	متوسط الدخل الشهري	ملاحظات
الأول							
الثاني							

(جـ) - الابناء

م	الاسم	السن	الجنسية	الديانة	المرحلة التعليمية (١)	التحصيل الدراسى (٢)	العمل (٣)
١							
٢							
٣							
٤							
٥							

محل الإقامة (٤)	الحالة الصحية (٥)	تعرض للإنحراف (٦)

١- يـــذكر اســـم المرحـــلة لمـــن هـــم فى دور التعليم: جـامعى .
ثانوى (عام- صناعى- تجارى- إعدادى- ابتدائى- رياض أطفال)

٢- يكتب مستوى التحصيل العلمى للطفل من واقع مايتم التعرف عليه من دار تعليمه.

٣- يكتب طبيعة العمل الذى يباشره الطفل إن كان يعمل.

٤- يذكر ما إذا كان يقيم مع أى من أطراف الخصومة أو مع غيرهم.

٥- يذكر ما إذا كان الطفل مصاب بمرض عقلى أوعاهة جسدية أومرض مزمن.

٦- يذكر ما إذا كان قد سبق توجيه اتهام جنائى للطفل أوتعرض لتدبير أولحالة انحراف.

د- المسكن والبيئة المحيطة

محل الإقامة	المنطقة أو القسم	الحى	عدد الحجرات	توافر الكهرباء	توافر المياه النقية	الأجهزة الكهربائية	مستوى السكن	مستوى البيئة المحيطة
أ - المدعى :								
ب- المدعى عليه :								
ج- الأبناء :								

فى جميع الحالات يذكر عنوان محل الإقامة وما إذا كان مؤجر أو مستأجر.

ثانياً : موضوع الطلب :...

....

....

....

....

ثالثا : أسباب الخصومة :...

....

....

....

....

....

رابعاً: ما أسفر عنه البحث الاجتماعي: ....

....

....

....

....

....

ومرفق بالترير عدد (   ) صورة فوتغرافيه .

تحرر هذا التقرير من نسختين متطابقتين كل منهما من عدد (   ) ورقة بمعرفتي أنا/......... الأخصائى الاجتماعى للعمل بمحكمة.........، وأودعت النسخة الأولى ملف الدعوى وتسلمها السيد/.................. أمير سر / كاتب محكمة.................. بتاريخ / / ٢٠٠٠ بعد مطابقتها على النسخة الثانية وتوقيعه عليها بما يفيد ذلك، وأودعت النسخة الثانية سجلات المحكمة للرجوع إليها عند الضرورة.

الأخصائى الاجتماعى

التوقيع / ......

إستلمت أنا .... أمين سر الدائرة......... التقرير بعد مطابقة النسختين.

أمين سر الدائرة

التوقيع /

فى / / ٢٠٠٠

محتويات الكتاب

رقم البند | الموضـــــوع | الصفحة

رقم البند | الموضـــــوع | الصفحة

رقم البند | الموضـــــوع | الصفحـة

موضوع رقم (٤)

رقم البند | الموضوع | الصفحة

موضوع رقم (٥)

النفقة المؤقتة ٣٩٢

أولاً: فرض المحكمة الجزئية للنفقة المؤقتة

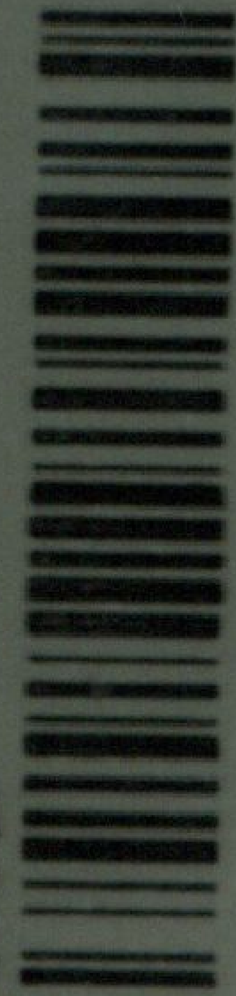
رقم البند **الموضوع** **الصفحة**

ملحق التشريعات

رقم الإيداع
٧٤٠٥
الترقيم الدولي I. S. B. N.
977 - 5312 - 38 - 8



٢٣ ش رشدى عابدين - ٣٩٢٥٣٧٦


Bibliotheca Alexandrina
06647897
